Die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Ludwig Walter

aus München

Referendar am Amtsgericht zu München.

30:351

Die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Ludwig Walter

aus München

Referendar am Amtsgericht zu München.

Approbiert am 22. Nov. 1929.

Referent: Universitätsprofessor Dr. August Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Rechtsanwalt Dr. Max Alsberg

dem Vorkämpfer der Wiederaufnahmereform

in Dankbarkeit und Verehrung gewidmet

Inhalt.

Die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten.

Einleitung. Rechtskraft und Wiederaufnahme 9

1. Hauptteil. Allg. Vorbedingungen der Wiederaufnahme 12
1. Objekte der Wiederaufnahme 12
2. Ziel der Wiederaufnahme 16

2. Hauptteil. Wiederaufnahmegründe 21
1. Allgemeines 21
2. Wiederaufnahme wegen mangelnder Rechtsbeständigkeit 22
3. Wiederaufnahme wegen fehlerhafter Urteilsgrundlagen 24
4 Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen und Beweismittel 27

3. Hauptteil. Wiederaufnahmeantrag 36
1. Allgemeines 36
2. Legitimation 37
3. Form 39
4. Zuständigkeit 40

4. Hauptteil. Wiederaufnahme-Zulassungsverfahren . . 43
1. Allgemeines 43
2. Zulässigkeitsbeschluß 44
3. Beweiserhebung 47
4. Wiedereröffnungsbeschluß 51
5. Wirkung des Zulassungsverfahrens und Rechtsmittel 53

5. Hauptteil. Das neue Verfahren 60
1. Das gewöhnliche Verfahren 60
2. Das abgekürzte Verfahren 65
3. Wirkungen des neuen Hauptverfahrens und Rechtsmittel 71

6. Hauptteil. Reformgedanken zum Wiederaufnahmeverfahren 75
1. Allgemeines 75
2. Gründe 78
3. Antrag 81
4. Zulassungsverfahren 87
5. Neues Verfahren 89

Schlußwort. Ausblick 94

Literatur-Verzeichnis.

I. Kommentare.

Anschütz	Verfassung des deutschen Reiches Berlin 1929.
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 22. März 1924 / Berlin und Leipzig 1929.
Olshausen	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich / Berlin 1926.
Wörmann	Das Wiederaufnahmeverfahren und die Entschädigung unschuldig Verurteilter / Berlin 1899.

II. Lehrbücher und systematische Darstellungen.

Beling	Deutsches Strafprozeßrecht / Leipzig 1928.
Benneke-Beling	Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts Breslau 1900.
Binding	Grundriß des Strafprozeßrechts / Berlin 1904.
Graf zu Dohna	Das Strafprozeßrecht / Berlin 1925.
Gerland	Der Deutsche Strafprozeß / Mannheim 1927.
Glaser	Handbuch des Strafprozesses / Leipzig 1883.
von Kries	Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts Freiburg 1892.
Rosenfeld	Der Reichsstrafprozeß / Hannover 1912.
Rumpf	Der Strafrichter / Berlin 1913.

III. Einschlägige Spezialliteratur.

Alsberg	Justizirrtum und Wiederaufnahme Berlin 1913.
Giehl	Die Wiederaufnahme des Verfahrens nach der Strafprozeßordnung vom 1. Febr. 1877 Erlanger Diss., Leipzig 1914.
Herkerath	Die Wiederaufnahme des Verfahrens in der Strafprozeßordnung, der Militärstrafgerichtsordnung und den Disziplinargesetzen. Erlanger Diss., Elberfeld 1909.
Kähler	Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft / Halle 1904.

Knapp — Die Beseitigung eines ungerechten Urteils nach dem Tode des Verurteilten. Tübinger Diss., Neuenbürg 1911.

Lessing — Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen. / 1898.

Remeis — Die Wiederaufnahme im Strafverfahren. Erlangen 1864.

Sello — Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursache Berlin 1911.

Wachsmann — Die Wiederaufnahme des Verfahrens in Strafsachen in rechtsvergleichender Darstellung nach deutschem, österreichischem und ungarischem Strafprozeßrecht. Würzburger Diss., Würzburg 1919.

IV. Beiträge zur Reform des Strafprozesses.

Beling — Informativprozesse. In der Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen. Giessen 1907.

Gareis — Gutachten auf dem 7. Deutschen Juristentag / Berlin 1868.

Goldschmidt — Zur Reform des Strafverfahrens. Tübingen 1919.

Heimberger — Zur Reform des Strafprozesses. (Festgabe für Bergbohm). / Bonn 1919.

V. Gesetzgebungsentwürfe.

Amtlicher Entwurf zu einer neuen Strafprozeßordnung. Berlin 1908. (Zit.: Entw.)

Materialien der Reichsjustizgesetze für die Strafprozeßordnung. Herausgegeben von Hahn, Berlin 1878. (Zit.: Hahn, Mat.)

Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses. Berlin 1905. (Zit.: Prot.)

Drucksachen des Reichstags (12. Legislaturperiode). / Berlin 1909. (Zit.: Drucksachen).

Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen. Berlin 1919. (Zit.: N. Entw.)

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgem. Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz. / Berlin 1929. (Zit.: Entw. E. St.)

VI. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Die strafprozessualen Entscheidungen der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Alsberg. Berlin 1927. / (Zit.: Alsberg Entsch.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (Zit.: E.)

Rechtssprechung des Reichsgerichts zur Strafprozeßordnung, herausgegeben von Pinoff. / Berlin 1907.

Goldtammers Archiv für Strafrechtund Strafprozeß. Verl. Deckers Berlin. (Zit.: Goldt.)

Der Gerichtssaal. Verl. Enke, Stuttgart (Zit.: G. S.)

Deutsche Juristenzeitung. Verl. Liebmann, Berlin (Zit.: D.J.Z.)

Die Justiz. Verl. Walter Rothschild, Berlin-Grunewald.

Das Recht. Verl. Heymann, vorm. Sack, Berlin.

Juristische Rundschau. Verl. Gruyter & Co., Berlin. (Zit.: J. R.)

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. Verl. Sellier, München. (Zit.: Bayr. Z.)

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Verl. Gruyter & Co , Berlin. (Zit.: Z. f. Stw.)

Juristische Wochenschau. Verl. Moeser, Leipzig. (Zit.: J.W.)

Abkürzungen.

Bei Schriften: Der Name des Verfassers.
Bei Entsch. von OLG.: Der Name des Sitzes.
Z. B. Gerland 445 = Gerland, Der Deutsche Strafprozeß, Mannheim 27, S. 445.
Celle v. 20. Mai 1912 = Entsch. des OLG. Celle vom 20. Mai 1912.

Satius enim est impunitum relinqui facinus
nocentis quam innocentem damnari.
l. 5. pr. D. de poenis (48,19)

Einleitung.

Rechtskraft und Wiederaufnahme.

»Die Wahrheit ans Licht zu bringen, ist das Ziel eines jeden Prozesses»[1]), denn auf der materiellen Wahrheit soll sich das richterliche Urteil aufbauen.

An der Unmöglichkeit, diese Idealforderung zu verwirklichen krankt jede Strafrechtspflege und als Mahnung verstehen wir Nietzsche's Worte, wenn er sagt: » . . . ein anderes ist die Tat, ein anderes das Bild der Tat, das Rad des Grundes rollt nicht zwischen ihnen.«

Man braucht hier keineswegs bis auf die Feinheiten der Transscendentalphilosophie zurückzugehen, um sich darüber klar zu werden, daß die Erkenntnis des Richters auch unter günstigsten Umständen stets reflexiv bleibt und somit auch die, vom Richter erforschte und seinem Urteil zugrunde gelegte »Wahrheit« nur eine formale sein kann.

Vom Standpunkt einer konsequenten Rechtsphilosophie müßte die stets verbleibende Differenz zwischen Beweisergebnis und tatsächlichem Geschehen hinreichen, um entweder ein Urteilen in Strafsachen gänzlich unmöglich zu machen, oder mindestens das Urteil nur unter dem Vorbehalt der ständigen Abänderlichkeit zu fällen.

Diese Schlußfolgerung ließe sich jedoch selbstredend nicht mit den Notwendigkeiten der praktischen Rechtspflege vereinbaren.

Sowohl das Interesse des Staates, wie das der Einzelnen fordert, daß das konkrete Verfahren zu einem formellen Abschluß kommt.

Dadurch entsteht dann erst die Grundlage für eine Vollstreckung der erkannten Strafe, bezw. damit korrespondierend die Unmöglichkeit, den bisher Angeklagten über den erkannten

[1]) Alsberg, S. 75.

Spruch hinaus zu bestrafen oder auch nur in Untersuchung zu verstricken.

Dieses Bedürfnis wird in unserem Prozess-System erfüllt durch das Institut der Rechtskraft, mit der materiell der Strafanspruch verbraucht, formell die Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen, erschöpft ist.

Die Prinzipien der Rechtskraft und der materiellen Wahrheit sind klare Gegensätze, und es war für den Gesetzgeber nicht leicht, hier eine befriedigende Lösung zu finden.

Während die Einen forderten, Strafurteilen solle zugunsten der materiellen Wahrheit überhaupt keine Rechtskraft beigelegt werden[1]), fehlte es nicht an gewichtigen Stimmen, die, um »den wichtigen Grundsatz der Rechtskraft der Strafurteile nicht in der Gestaltlosigkeit des älteren Untersuchungsprozesses untergehen zu lassen« (Planck), die Ausgleichung aller Härten dem Gnadenwege vorbehalten wollten.[2])

Der Gesetzgeber hat sich für einen Kompromiss entschieden, in der richtigen Einsicht, daß es sich im Strafprozeß »nicht um die Entwicklung abstrakter Prinzipien in allen ihren logischen Konsequenzen handle«,[3]) sondern um die Notwendigkeit, die Härten des richterlichen Irrtumsrisikos auszugleichen, ohne das Prinzip der Rechtskraft völlig aufzugeben.

Es wurde aus diesem Grund im 4. Buch der Strafprozeßordnung das Institut der Wiederaufnahme geschaffen, welche sich von den im 3. Buch geregelten Rechtsmitteln besonders dadurch unterscheidet, daß sie bloß in einer beschränkten Anzahl von Fällen zulässig ist, und keinen Suspensiveffekt hat, andererseits aber nicht an eine Frist gebunden ist.

Die Mängel, die diese Lösung als Kompromiß a priori haben mußte, werden durch die flüchtige Behandlung der Materie bei den Gesetzesberatungen[4]) noch erheblich verstärkt.

Sache der Praxis wäre es nun gewesen, das lückenhafte, und seinem Zweck wenig genügende Gesetz durch sinngemäße Auslegung zu ergänzen[5]) und dadurch brauchbar zu gestalten.

[1]) s. Waser, G.S. 3,II S. 373 ff.
[2]) Hahn Mat. S. 262.
[3]) Apellationsgerichtshof zu Eisenach vom 27. September 1870.
[4]) s. bes. Hahn Mat. S. 1973 und S. 2097.
[5]) R. G. v. 12 Juli 1883 E. 9, 34.

Statt dessen nimmt die Praxis schon seit dem Erscheinen des Gesetzes, insbesondere soweit die Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurteilten in Frage kommt, einen Standpunkt ein, der den Hauptzweck des Gesetzes, staatliches Unrecht wieder gutzumachen, völlig illusorisch macht.[1]) Grund für diese Handhabung ist in der Hauptsache die Absicht, einer mißbräuchlichen Benützung vorzubeugen, vielfach ist es aber auch eine, für heutige Begriffe antiquierte Auffassung der Staatsraison, welche das Ansehen der chose jugée in den Vordergrund stellt.

Die Fälle der neuesten Zeit, die mit den Namen Dujardin und Jakubowski hinreichend gekennzeichnet sind, gaben die Hauptanregung zu der vorliegenden Schrift.

Ihre Aufgabe ist es, zu zeigen, inwieweit es einem zu Unrecht Verurteilten nach dem jetzigen Stand der Gesetzgebung möglich ist, durch Betreibung der Wiederaufnahme sein Recht zu erkämpfen, beziehungsweise welche gesetzlichen Hindernisse diesem Streben entgegenstehen.

Zunächst mußte es also unternommen werden, den heutigen Rechtszustand in möglichst erschöpfender Weise darzulegen. Dabei wurde, wenn es der Wortlaut des Gesetzes gestattete, jeweils diejenige Auslegung gewählt, welche der Gerechtigkeitspflicht des Staates am meisten zu entsprechen schien. Soweit jedoch der Gesetzestext ohne triftigen Grund den Rechtskampf gegen mögliche Justizirrtümer hemmt, wurde der Versuch gemacht, die verbesserungsbedürftigen Stellen aufzuzeigen und Reformvorschläge zu bringen.

Wenngleich die Arbeit sich solchermaßen nur als ein geringfügiger Ausschnitt aus dem aktuellen Gebiet der Justizreform darstellt, so ist es ihr jedoch vielleicht möglich, einen kleinen Baustein zu diesem nationalen Werk beizutragen, und damit hätte sie ihren Zweck vollauf erfüllt.

[1]) s. Alsberg, S. 125 ff.
Sello, Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen, Berlin 1911.

1. Hauptteil.

Allgemeine Vorbedingungen der Wiederaufnahme.

Das 4. Buch der Strafprozessordnung (§§ 359–373 Stpo.), in dem sich die für unser Thema einschlägigen Vorschriften finden, trägt die Ueberschrift »Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahren.«

Schon daraus ist ersichtlich. daß die Wiederaufnahme nur gegen rechtskräftige Urteile stattfindet.

Dabei ist es unerheblich, ob das betreffende Urteil im Offizialverfahren oder im Privatklageverfahren gefällt wurde[1]).

Die Frage, ob die Wiederaufnahme auch bei amtsrichterlichen Strafbefehlen stattfindet, ist in Theorie und Praxis bestritten, muß aber verneint werden.

Schon in den Motiven ist ausdrücklich bemerkt, » . . . daß die Bestimmungen . . . wie ihr Wortlaut ergibt, ein nach vorgängigem Verfahren erlassenes Urteil voraussetzen, und somit gegen amtsrichterliche Strafbefehle ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens nicht stattfindet«[2]).

Obwohl damit noch nicht ohne weiteres angenommen werden muß, daß sich der Gesetzgeber den Willen der Motive zu eigen gemacht hat, so ist dies doch im Zweifel anzunehmen, umsomehr als eine grundsätzliche Abweichung in dieser Frage wohl im Gesetzestext Ausdruck gefunden hätte.

Auch wenn man diesen formalen Momenten keine entscheidende Bedeutung beimißt, und die Lösung nur aus dem System des Gesetzes entnehmen will, gelangt man zu diesem Ergebnis. Die unmittelbare Anwendung der Wiederaufnahmebestimmungen auf das Strafbefehlsverfahren muß nämlich schon aus dem Grunde ausscheiden, weil das ganze Institut, wie aus den §§ 371 und 373 Stpo. und den Motiven deutlich hervorgeht mit Ausnahme weniger Vorschriften nichts anderes als eine Erneuerung der Hauptverhandlung bezweckt. Aber auch die

[1]) Celle v. 6. Oktober 1921, Z. f. Stw. 43, 502.
[2]) Hahn Mat. S. 268.

Möglichkeit der analogen Anwendung dieser Bestimmungen muß vereint werden, denn die beschränkenden Vorschriften der §§ 359 bezw. 362 Stpo. und die exceptionelle Stellung des Strafbefehlsverfahrens machen eine restriktive Auslegung notwendig.

Es muß also mangels überzeugender Gegengründe angenommen werden, daß der Gesetzgeber mit der Stellungnahme der Motive übereinstimmte.

Bei dieser Regelung mag wohl auch der in der Literatur häufig hervorgehobene Gedanke mitgesprochen haben, daß die strafbefehlsmässige Erledigung konkludent als unwiderruflicher Verzicht auf Durchführung des ordentlichen Strafverfahrens und seiner sämtlichen Rechtsbehelfe angesehen wird.

Die gegenteilige Meinung stützt sich vor allem auf den § 410 Stpo., wonach ein Strafbefehl, gegen den nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils erlangt.

Diesem Argument ist insbesondere entgegenzuhalten, daß die Zulässigkeit der Wiederaufnahme keine »Wirkung« des Strafbefehls darstellt.

Die Zulässigkeit eines, für Urteile geschaffenen Rechtsbehelfs könnte sich also nur im Wege der Analogie aus § 410 Stpo. entnehmen lassen, die aber hier, — da sie schon bei der Anwendung der Rechtskraftgrundsätze unmöglich ist,[1]) — notwendig zu unrichtigen Ergebnissen führen müßte[2]).

Daß der gegenteilige Standpunkt im Interesse der materiellen Wahrheit wünschenswert wäre und dabei unbillige Härten vermieden würden, ist unbestreitbar, kann aber gegenüber den Bestimmungen des geltenden Rechts unter diesen Umständen nicht berücksichtigt werden.

---

[1]) s. Löwe-Rosenberg, Note 3 zu § 410 und die dort angeführten Stellen.

[2]) **Gl. A.**: Beneke-Beling, S. 660 Note 25
Binding, S. 284
Dohna. S. 230 Note 1
Kries, S. 742
R.G. v. 2. Juni 1881 E. 4, 243.
Ob.L.G. v. 25. Sept. 1917 und 27. März 1924. s.G.S. 24,18
Bay. Z. 1924,174. Alsberg-E. 2 Nr. 247,

A. M.: Giehl, S. 7 ff.
Neumann, Goldt. 72, 180
Sotier Bay. Z. 1913, 420

Ebenso wie beim Strafbefehlsverfahren und aus analogen Gründen ist die Wiederaufnahme gegen polizeiliche Strafverfügungen grundsätzlich unzulässig.[1])

Dieser Ausschluß gilt natürlich nur, wenn Strafbefehl oder Strafverfügung selbst wirksam geworden sind. Hat dagegen erst die urteilsmäßige Einspruchsverwerfung die Wirksamkeit des Strafausspruchs herbeigeführt, so kommen die für Urteile geltenden Vorschriften uneingeschränkt zur Anwendung.[2])

Da hier nur die Wiederaufnahme zu Gunsten des Angeklagten behandelt werden soll, kommen auch von den rechtskräftigen Urteilen nur eine begrenzte Anzahl für unsere Betrachtung in Frage.

Daß iudicia nulla von vorneherein ausscheiden müssen, versteht sich von selbst.[3])

Vor allem kann es sich aber hier auch nur um solche Urteile handeln, deren Tenor eine Strafe ausspricht. Gegen freisprechende oder Einstellungsurteile kann, auch wenn die Gründe des Urteils noch so ungünstig für den Angeklagten lauten, kein Wiederaufnahmeverfahren zu Gunsten des Angeklagten geführt werden.[4])

Nur ein Urteil, das diesen Anforderungen entspricht, ist als Wiederaufnahmeobjekt geeignet. Weitere Einschränkungen als diese sind im Gesetz jedoch nicht gemacht.

Der Ansicht des Reichsgerichts,[5]) das annimmt, es müsse sich um ein Urteil handeln, welches eine Entscheidung in der Schuldfrage enthält, kann somit nicht beigetreten werden, denn dieser Standpunkt hätte zur Folge, daß alle Urteile die nur die Zulässigkeit von Rechtsmitteln betreffen, von der Wiederaufnahme ausgeschlossen wären.

In den Motiven findet sich zwar eine Stelle,[6]) wo es heißt, »der Entwurf habe dem Grundsatz Ausdruck gegeben, daß einer nochmaligen Prüfung der Schuldfrage die Rechtskraft nicht ent-

[1]) Löwe-Rosenberg Note 3 vor § 359.
[2]) **A. M.**: Binding, S. 284.
[3]) s. jedoch Kroschel G.S. 69, 137 ff.
[4]) Gerland, S. 438
München v. 6. Juni 1883, Alsberg Entsch. 2, Nr. 250.
Dresden v. 24. März 1915, D.Str.Z. 2, 562
[5]) R.G. v. 13. Juni 1889, E. 19, 321.
[6]) Hahn Mat. S. 263.

gegenstehen dürfe, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel vorliegen.«

Diesem Satz, der seinem eigenen Wortlaut nach nur einen Grundsatz angibt, der bei Abfassung des Gesetzes Beachtung fand, kann jedoch nicht entnommen werden, daß das ganze Institut nur auf diesen einen Grundsatz beschränkt sei.

Auch die Ansicht, daß Rechtsmittelurteile nicht der Wiederaufnahme fähig seien, findet im Gesetz keine Stütze; aus § 367 Stpo., der ohne Einschränkung von der Wiederaufnahme bei Revisionsurteilen spricht, ergibt sich sogar klar das Gegenteil.

In Theorie und Praxis ist die Unrichtigkeit der reichsgerichtlichen Anschauung in dieser weitgehenden Form auch allgemein anerkannt.[1])

Aber auch die, von manchen Gerichten befolgte Ansicht Löwe-Rosenbergs, wonach eine Entscheidung in der Schuldfrage bei § 359 Ziff. 4 und 5 Stpo. vorliegen müsse, ist nicht zu billigen.

Im Gesetz findet sich für eine solche verschiedene Behandlung der Wiederaufnahmegründe nicht der geringste Anhaltspunkt und es besteht kein Anlaß, dem oben bereits prinzipiell abgelehnten Argument aus den Motiven in diesen Fällen auf einmal eine Bedeutung beizumessen.

Es würde auch an einem inneren Grunde zu einer solchen Unterscheidung fehlen, denn es wäre nicht einzusehen, warum der Angeklagte in den Fällen, wo das Beweismaterial unvollständig war oder ein falsches Zivilurteil zu seiner Verurteilung geführt hat, schlechter gestellt sein sollte als in den sonstigen Wiederaufnahmefällen.[2])

---

[1]) **Gl. A.**: Kries, S. 706 Note 1.
Frank, Z. f. Stw. 12, 346.
Olbricht, Goldt. 48, 100.
Löwe-Rosenberg Note 3a vor § 359.

A. M.: Wörmann Note 2 zu § 399.

[2]) **Gl. A.**: Köln v. 29. Sept. 1893 Alsberg Entsch. 2 No. 270 d

A. M.: Ob. L. G. v. 5. Mai 1917 Bay. Z. 1917, 261; Alsberg Entsch. 2, No. 270 c.
Ob. L. G. v. 22. Nov. 1900 Alsberg Entsch. 2, No. 269.
Löwe-Rosenberg Note 3a vor § 359.

Gleichwie die Objekte der Wiederaufnahme sowohl im allgemeinen als auch besonders für den hier zu behandelnden Rahmen begrenzt sind, ist es auch der Wiederaufnahmezweck.

Vielfach waren für beide Einschränkungen auch die gleichen Gründe maßgebend.

Klar ist, — wie auch aus dem Obengesagten schon hervorgeht — daß eine günstigere Begründung als Wiederaufnahmezweck nicht in Frage kommt, sondern es ist stets nur der Strafausspruch angreifbar.

In erster Linie kann hiebei völlige Beseitigung der Strafe, d. h. Freisprechung angestrebt werden. Ob auch zum Zwecke der Einstellung die Wiederaufnahme betrieben werden kann, ist bestritten.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes ist kaum ein genügender Schluß zu ziehen, da hier vom Wiederaufnahmezweck überhaupt nur an ganz wenigen Stellen die Rede ist. Auch das Wort »Freisprechung« als Wiederaufnahmezweck ist nur in § 359 Ziff. 5 Stpo. genannt. Daß die erst im Verlauf der späteren Beratungen erschlossene, und nachträglich von der Praxis ausgebaute Möglichkeit der urteilsmäßigen Einstellung bei Entstehung des Gesetzes überhaupt nicht Erwähnung fand, ist demnach bei der raschen Behandlung der Materie keineswegs verwunderlich. Auch die Motive enthalten keine Lösung des Problems.

Es ist bereits oben dargelegt, daß der in der Begründung zu § 359 Ziff. 5 Stpo. ausgesprochene Satz, »die Rechtskraft dürfe einer nochmaligen Prüfung der Schuldfrage nicht entgegenstehen«, nur den hauptsächlichen, nicht aber den ausschließlichen Grund dieser Bestimmung aufzeigt. Dieser Satz kann daher auch für eine Beschränkung des Wiederaufnahmezwecks keine Handhabe bieten.

Eine schlüssige Beantwortung der strittigen Frage ist also nur aus der ratio legis möglich.

Das Gesetz will unbestrittenermaßen die Möglichkeit bieten, die unrichtigen Urteile zu beseitigen, die aus bestimmten Fehlerquellen sich ergeben haben. Der Umstand, daß bezüglich dieser Fehlerquellen im Interesse der Rechtskraft eine enge Auswahl getroffen ist, berechtigt zwar zu restriktiver Auslegung bestehender Vorschriften, nicht aber zu weiteren, mehr oder minder willkürlichen Einschränkungen.

Demgemäß sind alle Möglichkeiten, die zur Beseitigung unrichtiger Urteile führen können, zur Awendung zu bringen, also auch die Betreibung der Wiederaufnahme zum Zwecke der Einstellung, denn es besteht kein Anlaß, einen Verurteilten, der durch ein Urteil beschwert ist, welches überhaupt nicht hätte ergehen dürfen, gegenüber dem ungerecht Verurteilten schlechter zu stellen.

Der Freisprechung sind demgemäß hier alle Urteile gleichzusetzen, »welche überhaupt keine zu Ungunsten des Angeklagten lautende Entscheidung . . . . enthalten, ohne Rücksicht darauf, in welche Formel sie gekleidet sind.«[1])

Die heute herrschende Meinung kommt trotz theoretisch engerer Auslegung praktisch fast zu dem gleichen Ergebnis. Sie stellt nämlich der Freisprechung regelmäßig diejenigen Fragen gleich, welche die Existenz oder das Erlöschen des staatlichen Strafanspruchs betreffen,[2]) womit in den Fällen der Strafunmündigkeit, der Zurechnungsunfähigkeit, der Verjährung, und insbesondere auch — wegen der materiellen Funktion der Rechtskraft[3]) — bei vorgängiger rechtskräftiger Aburteilung die Wiederaufnahmezulässigkeit anerkannt ist.

Mit Ausnahme des Falles, daß es sich um Wiederaufnahme zu Gunsten eines Verstorbenen handelt (§ 371 Abs. 1 Stpo.) kann nicht nur die völlige Beseitigung der Strafe, sondern auch die Erreichung einer geringeren Bestrafung den Wiederaufnahmezweck bilden.

Die Wiederaufnahme zu diesem Behuf ist allerdings nicht zulässig, wenn die minder schwere Qualifikation der Straftat unter Anwendung desselben Gesetzes geschehen soll.

»Gesetz« in diesem Sinne ist jeder, von einem selbstständigen Strafrahmen umfaßte strafrechtliche Tatbestand. Auch be-

[1]) Aehnlich R.G. v. 15. Nov. 1889 E. 20, 46
Kahl Bay. Z. 5, 187.

[2]) Gl. A.: Gerland, S. 439
Kries. S. 707
R.G. v. 15. Nov. 1889 E. 20, 46
Ob.L.G. v. 5. Mai 1917 Alsberg-Entsch. 2 Nr. 270 c.
Köln v. 29. Sept. 1893 Alsberg Entsch. 2 Nr. 270 d.

A. M.: Beling, S. 432
R.G v. 13. Juni 1889 E. 19,321 sowie bis 1917 in ständiger Rechtssprechung das Bay. Ob.L.G.

[3]) s. R.G. v. 3. März 1908 E. 41,153.

sondere, die Strafbarkeit mildernde oder erhöhende Umstände bilden demnach ein eigenes Gesetz. Dabei ist es gleichgültig, ob die zugehörigen Strafrahmen im gleichen, oder in verschiedenen Paragraphen des Strafgesetzbuches enthalten sind,[1]) da die oft rein zufällige Gesetzesoekonomik für das Wiederaufnahmeinstitut irrelevant bleiben muß.

»Mildernde Umstände« schlechthin begründen dagegen kein anderes Gesetz, sondern sind nur als privilegierte Strafzumessungsgründe anzusehen,[2]) und reine Straffragen kommen grundsätzlich nicht als Wiederaufnahmeziel in Frage.[3])

Eine Wiederaufnahme ist daher auch dann nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes zu vereinbaren, wenn bei einem fortgesetzten Delikt Einzelhandlungen wegfallen, weil auch dadurch nur die Strafzumessung, nicht der Strafrahmen berührt wurde.[4])

Ebenso unmöglich ist sie, wenn der Wegfall einer von mehreren idealkonkurrierenden Straftaten bei Bestehenbleiben des schwersten Tatbestandes angestrebt wird, denn die Strafe wird hier nur aus dem schwersten Delikt festgesetzt, während die übrigen nur für die Strafzumessung Bedeutung haben können.[5])

Noch stärker eingeschränkt ist die Wiederaufnahme ex capite novorum. Hier ist nämlich nicht nur ein anderes Gesetz erforderlich, sondern es ist notwendig, daß »in Anwendung eines milderen Gesetzes eine geringere Bestrafung begründet werden kann.«

Unter einem »milderen« Gesetz kann, wie heute allgemein angenommen wird[6]) nur ein solches verstanden werden, das generell eine geringere Strafdrohung enthält. Die Feststellung, ob dies vorliegt, ergibt sich durch einfache Vergleichung der verschiedenen Strafrahmen.

---

[1]) Löwe-Rosenberg, Note 2 zu § 363.
[2]) Dresden v. 28. Juni 1882 Alsberg Entsch. 2 Nr. 279 c.
Jena v. 29. Jan. 1884 Alsberg Entsch. 2 Nr. 279 b.
Köln v. 13. Jan. 1904 Alsberg Entsch. 2 Nr. 279 a.
Kolmar v. 30. April 1904 Alsberg Entsch. 2 Nr. 279 d.
[3]) Alsberg, S. 56.
München, v. 11. Februar 1882 Alsberg Entsch. 2 Nr. 280.
[4]) Köln v. 16. Okt. 1891 Alsberg Entsch. 2 Nr. 283.
[5]) Köln v. 20. Febr. 1903 D. J. Z. 10, 824; Alsberg Entsch. 2 Nr. 281.
[6]) s. auch Hamburg v. 4. April 1917 Goldt. 64, 575.
und Löwe-Rosenberg Note 24 b zu § 359.

Ob die konkrete Möglichkeit der geringeren Bestrafung dann noch einer eigenen Prüfung bedarf, ist bestritten.

Die herrschende Meinung nimmt hier an,[1]) daß das beschließende Gericht unter Eingehen auf den Fall selbst in eine Würdigung des Strafmaßes eintreten müsse; erst wenn es eine mildere Strafe für angemessen erachten sollte, sei dann die Wiederaufnahme zuzulassen.

Dies kann jedoch, wie bereits bei den Vorberatungen zu § 399 (jetzt § 359) Stpo. hervorgehoben wurde,[2]) nicht richtig sein, da ohne mündliche Verhandlung eine so tiefgehende Entscheidung weder möglich noch angemessen ist.

Noch weniger kann die Meinung gebilligt werden, welche die Wiederaufnahme schon dann für unstatthaft hält, wenn die Aufrechterhaltung der erkannten Strafe in abstracto zulässig ist, da die zufällige Höchstgrenze des anzuwendenden Strafrahmens für die neue Würdigung der Tat völlig bedeutungslos zu bleiben hat.

Vielmehr ist die Wiederaufnahme nur dann ausgeschlossen, wenn trotz Anwendbarkeit eines milderen Gesetzes in concreto ein Heruntergehen unter die rechtskräftig ausgesprochene Strafe nicht möglich wäre.[3])

Diese Begrenzung erspart den Gerichten praktisch ergebnislose Arbeit, ohne die Rechtsstellung des Verurteilten zu schmälern, und erscheint deshalb als einzig angemessen.

Es erfolgt somit die Bestrafung wegen Versuchs anstatt wegen Vollendung derselben Straftrat stets in Anwendung eines milderen Strafgesetzes, da die Bestrafung des Versuchs aus einem anderen niedrigeren Strafrahmen erfolgt, also generell eine Strafminderung möglich ist.[4])

Das gleiche gilt, wenn statt einer Gesamtstrafe für mehrere selbständige Handlungen eine Einzelstrafe für eine einzige fortgesetzte Handlung verhängt werden kann,[5]) sowie, wenn bei erkannter Gesamtstrafe eines der Konkurrenzdelikte in Wegfall kommt.[6])

[1]) s. Löwe-Rosenberg Note 24 b zu § 359, und die dort angeführten Stellen.
[2]) Hahn Mat. S. 1408 zu § 320 des Entwurfs.
[3]) Hahn Mat S. 1409 (O.R.R. Hanauer).
[4]) Darmstadt v. 18. Jan. 1911 Alsberg Entsch. 2 Nr. 277.
Löwe-Rosenberg Note 24 c zu § 359.
[5]) Hamburg v. 4. April 1917 Goldt. 64,575. Alsberg Entsch. 2 Nr. 278.
Löwe-Rosenberg Note 24 b zu § 359.
[6]) Dresden v. 12. Okt, 1883 Alsberg Entsch. 2 Nr. 276.

Dagegen kann die Veränderung der strafrechtlichen Einordnung eines Delikts für sich allein niemals die Wiederaufnahme ex capite novorum begründen, so wichtig es auch unter gewissen Umständen, z. B. für die Beurteilung des Rückfalls für den Verurteilten sein mag.

2. Hauptteil.

Wiederaufnahmegründe.

Schon durch das bisher Gesagte ist die Wiederaufnahmemöglichkeit stark eingeschränkt. Dennoch hat es der Gesetzgeber für nötig erachtet, zur weiteren Begrenzung in § 359 Ziff. 1–5 Stpo. die Gründe, auf die ein Wiederaufnahmeantrag allein gestützt sein kann, in genauer, weitere Fälle ausschließender Weise enumerativ aufzuführen.

Nach ihrem Wesen lassen sich hier 3 Gruppen unterscheiden.

Der unter Ziff. 3 genannte Grund betrifft die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens, die unter Ziff. 1, 2 und 4 aufgezählten Gründe richten sich gegen die Beweisgrundlagen des Urteils, Ziff. 5 endlich enthält seiner Bestimmung nach eine modifizierte Generalklausel, welche die Möglichkeit eröffnet, die Urteilsfeststellungen durch neue Tatsachen und Beweismittel zu erschüttern.[1])

Aus der Natur des Enumerationsprinzips ergibt sich, daß die Wiederaufnahme nur auf einen dieser Gründe gestützt werden kann; Analogie verbietet sich hiedurch von selbst.

Das Vorbringen einer bloßen Möglichkeit genügt bei der Antragsstellung nicht,[2]) sondern es muß sich stets um ein tatsächliches Behaupten handeln.

Stützt sich das Wiederaufnahmevorbringen auf das Vorliegen einer strafbaren Handlung, so ist es gemäß § 364 Stpo. nur zulässig, wenn wegen dieser Handlung eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist, oder wenn die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann.

Als Gründe für die Unverfolgbarkeit kommen zahlreiche Möglichkeiten in Frage, wie Tod, Abwesenheit, Verjährung, Be-

[1]) Löwe-Rosenberg Note 4 zu § 359.
[2]) Dresden v. 29. Jan. 1903 Alsberg Entsch. 2 Nr. 251 b.
Dresden v. 31. Jan. 1917 Alsberg Entsch. 2 Nr. 251 a.

gehung der Tat im Ausland bezw. ausländische Freisprechung gemäß §§ 4 ff. Strafgesetzbuch, sowie auch Taubstummheit[1]) oder sonstige Verhandlungsunfähigkeit u. a. auch wegen einer zur Zeit der Verhandlung vorliegenden Geisstesstörung.[2])

Wird die Unverfolgbarkeit behauptet, so muß sowohl diese, als auch der Wiederaufnahmegrund selbst bewiesen werden; in den übrigen, weit zahlreicheren Fällen ist der Nachweis des rechtskräftigen Strafurteils notwendige, andererseits aber auch genügende Vorbedingung für die Zulassung des Antrags.

Die Bedeutsamkeit dieser Einschränkung, welche unbegründete Wiederaufnahmeanträge verhindern soll, liegt auf der Hand, die Fälle ihrer Anwendbarkeit werden bei den einzelnen Wiederaufnahmegründen noch hervorgehoben werden.

Der in Ziff. 3 genannte Grund, welcher die Wiederaufnahme bei Vorliegen einer strafbaren Amtspflichtverletzung zuläßt, ergibt sich aus der Natur der Sache, denn ein Urteil, dessen Entstehung durch eine Pflichtverletzung des rechtssprechenden Organs beeinflußt war, kann keinen Anspruch auf Rechtsbeständigkeit haben.[3])

Nur Amtspflichtverletzungen eines Richters, Geschworenen oder Schöffen, nicht auch die einer sonst beteiligten Gerichtsperson wie z. B. eines Staatsanwaltes oder Urkundsbeamten begründen die Wiederaufnahme, wobei selbstredend vorausgesetzt wird, daß die Betreffenden beim Zustandekommen des angefochtenen Urteils selbst mitgewirkt haben.

Ein Einfluß der Pflichtverletzung auf die Entscheidung braucht dagegen nicht ersichtlich zu sein. Es handelt sich also hier um einen absoluten Wiederaufnahmegrund, der schon auf Grund der Tatsache gewährt wird, daß der Gesetzgeber ein Gericht, in dem gegen die Fundamentalforderungen der unparteiischen Rechtspflege verstoßen wird, als »fehlerhaft besetztes« betrachtete.

---

[1]) R. G v. 11. Nov. 1880 E. 3, 29.
Löwe-Rosenberg Note 13 c vor § 151.

[2]) Geisteskrankheit zur Zeit der Tat würde eine Straftat und damit die Anwendbarkeit von § 364 Stpo. ausschalten.

[3]) Hahn Mat. S. 1587.

Die Amtspflichtverletzung wird nach geltendem Recht nur berücksichtigt, wenn sie mit krimineller Strafe bedroht ist; demgemäß kommen nur die wenigen hieher gehörigen Bestimmungen des 28. Abschnitts des Reichsstrafgesetzbuchs, insbesondere die sehr eng gefaßten §§ 334 und 336 RStgb. in Frage, nach denen sich bekanntlich ein Laienrichter nur durch passive Bestechung strafbar machen kann.[1])

Disziplinarische Verfehlungen sind, obwohl sie manchmal einen nicht geringen Einfluß auf die Entscheidung haben können, als Wiederaufnahmegrund überhaupt nicht geeignet, sondern es muß stets eine kriminell strafbare Handlung vorliegen.

Dabei kommt zur weiteren Einschränkung die Vorschrift des § 364 Stpo. zur Anwendung, wonach für den Regelfall vor der Antragstellung eine rechtskräftige Verurteilung wegen der Rechtsbeugung ergangen sein muß.

Sonstige Unregelmäßigkeiten bei der Urteilsfindung werden nicht berücksichtigt.

Auch Geisteskrankheit eines Richters gilt also nicht als gesetzlicher Grund, die Rechtsbeständigkeit eines Urteils anzugreifen. Maßgebend für diesen Standpunkt des Gesetzgebers war, daß man aus praktischen Erwägungen das Gericht der Notwendigkeit entheben wollte, bei allen möglichen, oft nur aus schikanöser oder frivoler Absicht gestellten Wiederaufnahmeanträgen über den früheren Geisteszustand richterlicher Personen Ermittlungen anstellen zu müssen.[2]) Obwohl damit die an sich schon sehr begrenzte Möglichkeit, ein gesetzwidrig entstandenes Urteil zu beseitigen, eine neuerliche starke Einschränkung erfährt, ist hier die ratio legis immerhin pro auctoritate iudicis zu billigen.

Vollkommen unverständlich ist dagegen, was den Gesetzgeber zu der weiteren Einschränkung veranlaßt haben kann, die im Nachsatz zu § 359 Ziff. 3 Stpo. getroffen ist.

Danach ist nämlich, auch wenn alle genannten Merkmale der Rechtsbeugung vorliegen, die Wiederaufnahme ausgeschlossen, wenn der Verurteilte die geschehene Amtspflichtverletzung selbst veranlaßt hat.

[1]) Alsberg, S. 50.
[2]) Prot. der XI. Kommission v. 20. April 1896 Drucks. des Reichstags 1895/97 Nr. 294.

Es ist klar, daß eine solche Vorschrift, die allen Prinzipien des heutigen Strafprozeß-Systems wiederspricht, nicht anders als restriktiv ausgelegt werden darf.

Abzulehnen ist daher die Ansicht,[1]) nach der »vom« im Sinne von »von Seiten« aufzufassen sei, und somit auch die Machenschaften der Angehörigen des Verurteilten diesem zu Lasten gerechnet werden sollten. Eine solche Auslegung widerspräche sogar direkt dem Wortlaut des Gesetzes, nach dem nur die, vom Verurteilten selbt vorgenommenen Maßnahmen von Einfluß sind.[2])

Dem hier behandelten Wiederaufnahmegrund kommen diejenigen am nächsten, welche sich gegen die Beweisgrundlagen des Urteils richten. (§ 359 Ziff. 1, 2 und 4 Stpo).

Der erste Fall, den das Gesetz hier nennt ist der, daß eine falsche Urkunde dem Urteil mit als Grundlage gedient hat. (§ 359 Ziff. 1 Stpo).

Das Wort »Urkunde« ist hier in materiellem Sinne zu verstehen, denn »soweit das Gesetz nicht Anhaltspunkte für eine abweichende Auffassung gibt, kann nur der allgemeine Urkundenbegriff gemeint sein«.[3]) Danach sind Urkunden alle von Menschenhand gefertigten Gegenstände, welche zum Beweise von Tatsachen geeigenet sind. Die gegenteilige Ansicht, welche nur Schriftstücke hieher rechnet, stützt sich allgemein auf den § 249 Stpo., wo vom »Verlesen« von Urkunden die Rede ist. Da es sich aber dort keineswegs um eine Legaldefinition handelt, bleibt der Umstand, daß der Gesetzgeber dort offenbar nur an Schriftstücke gedacht hat, für unseren Fall irrelevant.[4])

Nur bei unechten Urkunden ist die Wiederaufnahme statthaft; inhaltlich falsche oder falsch aufgefaßte Urkunden müssen also hier außer Betracht bleiben. In diesem Falle könnte die Wiederaufnahme jedoch unter Umständen auf § 359 Ziff. 5 Stpo. gestützt werden.

---

[1]) Wörmann Note 3 zu § 399 Ziff. 3 und die dort genannten Autoren.
[2]) Rosenfeld § 92 Note 2.
Löwe-Rosenberg Note 18 zu § 359.
[3]) R. G. v. 23. Jan. 1880 E. 1, 162.
[4]) **Gl. M.**: Gerland, S. 438 — **A. M.**: Bennecke, S. 775.
Wörmann Note 2 zu § 399, 3. — Binding, S. 285.
Löwe-Rosenberg Note 5 zu § 359, — Kries, S. 704.

Obwohl die Begriffe »fälschlich angefertigt oder verfälscht« denen des materiellen Rechts entsprechen, so ist doch damit weder gesagt, daß der die falsche Urkunde Vorbringende sie selbst gefälscht haben muß, noch, daß für die Relevanz der Fälschung der Tatbestand einer strafbaren Handlung gefordert wird. Zur Urkundenfälschung im Sinne der §§ 267 ff. Stgb. wäre nämlich notwendig, daß das »Gebrauchmachen« zum Zwecke der Täuschung erfolgt, während nach dem Wortlaut des § 359 Stpo. die Möglichkeit der Wiederaufnahme auch dann besteht, wenn die falsche Urkunde gutgläubig als echt vorgebracht wird. Die gegenteilige Meinung stützt sich völlig zu Unrecht auf die Analogie der Zivilprozeßordnung, die aber wegen der gänzlichen Verschiedenheit der beiden Gebiete niemals zuverlässige Anhaltspunkte bieten kann.[1])

Das Gesetz macht auch im Gegensatz zum Reichsgericht[2]) keinen Unterschied, ob die Urkunde zum Beweis materiellrechtlicher oder prozessualer Tatsachen gedient hat, denn auch die letzteren können notwendige Urteilsgrundlage sein.[3])

Das Vorbringen der falschen Urkunde muß zu Ungunsten des Angeklagten erfolgen; es ist aber nicht erforderlich, daß das Urteil darauf beruht, sondern es bedarf nur der Gewißheit, daß ein Konnex irgendwie möglich ist. Die Beweislast für diese Möglichkeit trifft natürlich nicht den Verurteilten, sondern sie ist solange anzunehmen, als sich nicht für das Gericht aus bestimmten Umständen das Gegenteil ergibt.

Auch hier ist für den Fall, daß die Wiederaufnahme auf eine Straftat gestützt wird, vorgängige Verurteilung regelmäßig nötig.

Mit dieser, den Urkundenbeweis betreffenden Bestimmung, korrespondiert in macher Hinsicht die Ziff. 2 des § 359 Stpo. die bei falschen Bekundungen von Zeugen und Sachverständigen Anwendung findet.

Hier ist im Gegensatz zur Ziff. 1 de lege lata erforderlich, daß eine strafbare Handlung im Sinne der §§ 153 ff. Stgb. vor-

[1]) **Gl. A.**: Benneke-Beling S. 600 Note 15
Gerland S. 439
Löwe-Rosenberg Note 7 zu § 359
A. M: Kries, S. 704
Rosenfeld § 92

[2]) R. G. v. 13. Juni 1889 E. 19, 321.

[3]) **Gl. A.**: Benneke-Beling S. 600 f.
A. M.: Wörmann zu § 399.

lag, wobei es keinen Unterschied macht, ob diese durch Angabe unwahrer, oder durch Verschweigen wahrer Tatsachen begangen wurde.

Angesichts dieser Anforderung gehört selbstverständlich eine falsche nichteidliche Aussage überhaupt nicht unter diese Ziffer; hier, wie auch in dem Falle, daß eine der genannten Personen eine falsche eidliche Bekundung abgab, o h n e sich strafbar zu machen (z. B. aus entschuldbarem Irrtum) kann also nur § 359 Ziff. 5 Stpo. zur Anwendung kommen.

Auch die Aussagen eines Dolmetschers können entgegen der herrschenden Meinung[1]) nicht hieher gerechnet werden. Aus § 191 G. V. G., auf den sich diese Ansicht stützt, kann nicht auf eine Gleichstellung von Dolmetscher und Sachverständigen geschlossen werden, denn danach finden auf ihn nur bestimmte, eigens aufgeführte Bestimmungen entsprechende Anwendung.

Daß eine Ausdehnung der obigen Bestimmung auf Dolmetscher sachlich wünschenswert wäre, wird dabei nicht bezweifelt, sie würde jedoch über den Rahmen des geltenden Gesetzes hinausgehen.

Vorgängige Aburteilung der in diesem Falle stets behaupteten Straftat ist auch hier, wie bei den vorhergehenden Fällen gemäß § 364 Stpo. regelmäßig notwendig. Die Verurteilung ist aber dann auch hier zur Herbeiführung der Wiederaufnahme genügend und es bedarf in diesem Falle — so wenig wie beim Urkundenbeweis — eines Nachweises dafür, daß die falsche Bekundung für die Verurteilung kausal war; vielmehr genügt ebenso wie dort die bloße Möglichkeit einer Beziehung zu der angefochtenen Entscheidung.

Gleichfalls gegen die Beweisgrundlagen des Urteils gerichtet ist der, in § 359 Ziff. 4 Stpo. genannte Wiederaufnahmegrund.

Danach ist die Wiederaufnahme möglich, »wenn ein zivilgerichtliches Urteil, auf welches das Strafurteil gegründet ist, durch ein anderes, rechtskräftig gewordenes Urteil aufgehoben ist.«

Es ist dabei im Prinzip belanglos, ob das Urteil zur Zeit der Hauptverhandlung bereits vorlag oder ob erst die Entscheidung eines Zivilgerichts gemäß der Möglichkeit des § 262 Abs. 2 Stpo. abgewartet wurde.

[1]) s. Löwe-Rosenberg Note 12 zu § 359.

Dies kann lediglich von Bedeutung sein für die Beweisfrage, ob das Strafurteil auf das Zivilurteil »gegründet« war.

War nämlich das Zivilurteil schon vor der Hauptverhandlung ergangen, so ist an und für sich kein Anhaltspunkt dafür gegeben, daß der Strafrichter sich bei seinem Erkenntnis dadurch beeinflussen ließ; es bleibt also dem Ermessen des Gerichts überlassen, ob es dies den Umständen nach annehmen will. Hat aber das Gericht in einer, noch nicht urteilsmäßig entschiedenen Zivilfrage von der Möglichkeit der Selbstentscheidung abgesehen, und eigens das Zivilurteil abgewartet, so besteht eine gewisse, wenn auch widerlegbare Vermutung, daß es sich auch danach gerichtet hat. Nach der herrschenden Meinung ist ein Konnex besonders dann stets anzunehmen, wenn das betreffende Urteil konstitutive Wirkung hatte.[1])

Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf die Entscheidungen von Verwaltungsbehörden kann, da § 359 Stpo. eine erschöpfende Aufzählung enthält, nicht zulässig sein.[2])

Wie sich denken läßt, hat die Vorschrift ihrer ganzen Natur nach nur eine sehr geringe praktische Bedeutung erlangt, und sie ist deshalb auch in den neuen Entwürfen weggelassen.

Um so größer ist die Bedeutung des letzten Wiederaufnahmegrundes, der restitutio propter nova bzw. ex capite novorum (§ 359 Ziff. 5 Stpo.), wodurch die Wiederaufnahme auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel ermöglicht wird.

Bei Entstehung des Gesetzes wollten die Gegner einer ausgedehnten Wiederaufnahme, welche sich von der Einführung einer solchen Bestimmung die völlige Vernichtung des Rechtskraftprinzips befürchteten, die Anwendbarkeit der Vorschrift auf einen eng umrissenen Kreis von Urteilen beschränkt wissen.

Nach langem Streit der Meinungen wurde schließlich unter Ablehnung dieser Forderung nur der Wiederaufnahmezweck in der bereits an früherer Stelle ersichtlichen Weise beschränkt,

[1]) s. dazu R. G. v. 5. Okt. 1886 E. 14, 374
und Löwe-Rosenberg Note 6 zu § 262
abweichend Note 19 zu § 359.
[2]) Dresden v. 14. Dez 1895
Löwe-Rosenberg Note 19 zu § 359.

während sonst keine weiteren Einschränkungen gemacht wurden. Dies bedeutete einen nahezu vollkommenen Sieg der liberalen Richtung und infolgedessen zeigt sich bei dieser Bestimmung deutlicher als bei allen bisher besprochenen Wiederaufnahmegründen als Grundmotiv des Gesetzgebers der favor defensionis.[1])

Dennoch sind die warnenden Stimmen derer, die in dieser Vorschrift eine ernste Gefahr für unser heutiges Strafrechtssystem sehen, nicht verstummt und es wird deshalb heute noch in Theorie und Praxis vielfach versucht, durch möglichst enge Auslegung die Bedeutung der Bestimmung so sehr als möglich einzuschränken.

Aus dem Widerstreit dieser Richtungen erklärt es sich, daß bei dieser Vorschrift eine ganz besondere Zahl von Streitfragen zu erörtern ist, die fast sämtlich auf restriktive Interpretation durch die Gerichte zurückzuführen sind.

So ist, — entgegen einer vielfach geäußerten Meinung — nicht vorgeschrieben, daß nur bestimmte Arten von Tatsachen oder Beweismitteln zur Stütze des Antrags vorgebracht werden dürfen, und es ist daher anzunehmen, daß der Gesetzgeber zwar bloße Vermutungen als zur Wiederaufnahme ungeeignet ausschalten wollte,[2]) sonst aber keine Einschränkungen vorgesehen hat.

Die Ansicht, Sachverständige kämen als Beweismittel überhaupt nicht in Frage, kann daher nicht richtig sein, denn obgleich die Vernehmung von Sachverständigen von dem Willen des Gerichts abhängig, und der Sachverständige in vielen Fällen Richtergehilfe ist, hat doch sein Gutachten unbestrittenermaßen den Charakter eines Beweismittels. Dies ergibt sich auch zweifelsfrei aus dem Wortlaut des § 245 Stpo., wo mehrfach von »Zeugen, Sachverständigen und anderen Beweismitteln« die Rede ist.

Es kommen also entgegen der obigen Auffassung grundsätzlich auch Sachverständige als Nova in Frage.[3])

---

[1]) In diesem Sinne auch Hahn Mat. S. 263.

[2]) Dresden v. 31. Jan. 1917 Alsberg Entsch. 2 Nr. 251.
Löwe-Rosenberg Note 21 a zu § 359.

[3]) Gl. A.: Alsberg, S. 111
Beling, S. 433
Gerland, S. 440
Kohler, G. S. 63, 194 f.
R. G. v. 1. Dez. 1922 E. 57, 158
Löwe-Rosenberg Note 21 a zu § 359.

A. M.: Cassel v. 30. Juni 1906 Goldt. 54, 99 und Alsberg-Entsch. 2 Nr. 260 b.
Düsseldorf v. 28. Jan. 1925 Goldt 69, 467 und Alsberg Entsch. 2 Nr. 260 a.

Das Argument, es finde sich immer ein Sachverständiger, der die Meinung seines früher vernommenen Fachgenossen nicht teile,[1]) betrifft lediglich die weitere Frage, inwieweit das neue Gutachten gegenüber dem alten als »erheblich« ins Gewicht fallen kann. Diese Frage ist, da niemals feststeht, daß die, im früheren Prozeß vertretene Sachverständigen-Meinung ein richtiges und unerschütterliches Ergebnis gezeitigt habe, ebenso wie die Frage der Neuheit dann jeweils Gegenstand besonderer Prüfung, wobei das Gericht sowohl bezüglich der Erhebung, wie bezüglich der inhaltlichen Würdigung völlig frei ist.

Für die Entscheidung einer, von so vielen Imponderabilien abhängigen Frage a priori besondere Normen aufzustellen, erscheint nicht angebracht, zumal auch das Gesetz hiefür keinerlei Anhaltspunkte bietet. Daher kann den Ansichten, die Sachverständigengutachten prinzipiell nur auf Grund besonderer Kenntnisse von Materie[2]) oder Sachverhalt[3]) als erheblich zulassen wollen, nicht beigetreten werden.

Die Anwendbarkeit der sonstigen Beweismöglichkeiten ist nahezu unbestritten.

Unter den Begriff »Tatsachen« sind alle Umstände zu subsummieren, aus denen dem Gericht Schlüsse bezüglich des Vorliegens eines gesetzlichen Tatbestandes möglich sind.

Somit ist auch ein bis jetzt noch nicht produziertes Zivilurteil als neue Tatsache verwendbar, da sein Vorliegen möglicherweise für eine andere Beurteilung des subjektiven Tatbestandes ausschlaggebend sein kann.[4])

Aus dem gleichen Grunde kann auch der Nachweis einer dem ausländischen Recht angehörigen Rechtsnorm, welche bei der Beurteilung des Tatbestandes einen Teil der Beweisfrage bildete, hieher gehören.[5])

---

[1]) Düsseldorf v. 8. Nov. 1924. Alsberg Entsch. 2 Nr. 260 c.

[2]) K. G. v. 3. Dez. 1927 D. J. Z. 33, 526.

[3]) Giehl, S. 20.

[4]) K. G. v. 6. Febr. 1893 Goldt. 41, 158 Alsberg Entsch. 2 Nr. 253. Löwe-Rosenberg Note 21 b zu § 359.

[5]) **Gl. A.**: Rostock v. 3. April 1926 Z. f. Stw. 47 Beil. S. 302. s. auch Alsberg Entsch. Anmerkg. zu 2 Nr. 254. **A. M.**: K. G. v. 4. Febr. 1904 D. J. Z. 9, 55. Alsberg Entsch. 2. Nr. 254. Löwe-Rosenberg Note 21 c zu § 359.

Bei allen vorgebrachten Tatsachen und Beweismitteln ist »Neuheit« Bedingung. Das Gesetz fordert jedoch nur alternativ die Neuheit entweder der vorgebrachten Tatsache o d e r des Beweismittels. Es kann also sowohl ein bereits vorgebrachtes Beweismittel für eine neue Tatsache, wie auch ein neues Beweismittel zur wiederholten Beleuchtung einer bereits erörterten Tatsache verwendet werden.

»Neu« in diesem Sinne sind Tatsachen und Beweismittel dann, wenn sie bei dem früheren Verfahren nicht gewürdigt werden konnten, sei es, daß sie nicht vorgelegen haben, sei es, daß sie aus irgendwelchen Gründen keine Berücksichtigung fanden.[1]) Daher sind auch Tatsachen oder Beweise, die der Angeklagte in der Verhandlung bereits produzieren wollte, die aber vom Gericht abgelehnt oder übergangen worden sind, als nova zuzulassen, da sie dem Gericht ja noch nicht als Erkenntnisquelle gedient haben.[2])

Ob die Tatsachen und Beweismittel wirklich in der Hauptverhandlung v o r g e l e g e n haben, ist vom Wiederaufnahmegericht nach dem gesamten Verhandlungsergebnis zu beurteilen, nicht etwa nach dem Akteninhalt, da dieser ja nicht die Urteilsgrundlage bildet [3])

Ist dagegen streitig, ob eine in der Hauptverhandlung vorgebrachte Tatsache bei der Urteilsfällung b e r ü c k s i c h t i g t wurde, so entscheidet darüber das Gericht nach freiem Ermessen. Läßt sich aus den Umständen eine Entscheidung nicht treffen, z. B. wenn die Strafakten, die alle Anhaltspunkte enthielten, vernichtet sind, so kommt der Satz in dubio pro reo zur Anwendung [4])

Bei alledem ist selbstverständlich die Neuheit nicht in Bezug auf den Angeklagten, sondern ausschließlich in Bezug auf das erkennende Gericht zu prüfen.[5])

[1]) Hahn Mat., S. 1585.
Löwe-Rosenberg Note 22 zu § 359.

[2]) **Gl. M.**: Alsberg, S. 104
A. M.: K. G. v. 6. Febr. 1893 Goldt. 41, 158.

[3]) s. Alsberg, S. 103 ff.

[4]) **Gl. A.**: Gerland, Note 52 zu S. 440.
A. M.: Kiel v. 22. Okt. 1919 Goldt. 69, 148.

[5]) Hahn Mat., S. 1585.
Löwe-Rosenberg Note 22 a zu § 359.

So darf ein Zeuge, der in der Hauptverhandlung von seinem Rechte zur Zeugnisverweigerung Gebrauch gemacht hat, jetzt aber zur Aussage bereit ist, als neues Beweismittel produziert werden, denn nicht der Name oder die Person des Zeugen, sondern seine Aussage ist das eigentlich Ausschlaggebende.[1])

Auf der anderen Seite kann in Konsequenz dieses Standpunkts auch ein bereits vernommener Zeuge ein neues Beweismittel sein, und zwar insoweit seine Vernehmung über Punkte verlangt wird, über die er bisher noch nicht gehört worden ist.[2])

Es wird sogar die Meinung vertreten, daß der Zeuge über den Gegenstand seiner früheren Vernehmung noch einmal zu hören ist, wenn der Nachweis geführt werden soll, daß er oder auch der Richter sich bei der früheren Vernehmung geirrt habe. Wenngleich die Richtigkeit dieser Meinung nicht anerkannt werden kann, da es sonst für den Verurteilten nur mehr darauf ankäme, einen Zeugen zur Aenderung seines Standpunktes zu bewegen,[3]) so sieht man doch, daß es im Prinzip ganz gleichgültig ist, ob der Verurteilte selbst die neu vorgebrachten Tatsachen gekannt hat[4])

Von diesem Grundsatz ist jedoch für Schöffensachen, um das Prinzip der Rechtskraft zu wahren, eine wichtige Ausnahme gemacht.

Es heißt hier nämlich: »In den, vor dem Amtsrichter oder dem Schöffengerichte verhandelten Sachen können nur solche Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, welche der Verurteilte in dem früheren Verfahren einschließlich der Berufungsinstanz nicht gekannt hatte oder ohne Verschulden nicht geltend machen konnte« (§ 359 Ziff 5, Satz 2. Stpo)

Die Entscheidung über die Frage, ob die hier verlangte Unkenntnis des Verurteilten vorlag, hat das Gericht nach seinem freien Ermessen zu beurteilen. Allein aus der negativen Wortfassung auf eine Beweislast des Beschuldigten zu schließen, würde zu weit gehen.[5])

---

[1]) Hamburg v. 13. Okt. 1896 Goldt. 44, 410 Alsberg Entsch. 2 Nr. 258 a. Hamburg v. 24. März 1898 Alsberg Entsch 2 Nr. 258 b.
[2]) K. G. v. 9. Juni 1905 Goldt. 53, 184 Alsberg Entsch. 2 Nr. 259.
[3]) **Gl. A.**: Dresden v. 25 Juni 1913 **A. M.**: Alsberg S. 105. Alsberg Entsch. 2 Nr. 257.
[4]) R. G. v. 12. Okt 1880, E. 2, 323
[5]) s. Löwe-Rosenberg Note 25 b zu § 359.

Ob die Unkenntnis verschuldet war, ist gleichgültig.[1]) Die gegenteiligen Entscheidungen sind, — wie Alsberg wohl mit Recht annimmt — auf ungenaues Lesen des Gesetzestextes zurückzuführen,[2]) denn das Wort »unverschuldet« kann sich nur auf das »Geltendmachen« nicht auf das »Kennen« beziehen.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Meinung abzulehnen, daß ein Angeklagter, der aus Unkenntnis z. B. über die Adresse eines Zeugen keinen Beweisantrag stellen konnte, wegen Unterlassung eines in gleicher Richtung gehenden Beweisermittlungsantrags nunmehr mit diesem Beweis ausgeschlossen sein sollte.[3])

Ist dagegen gerichtsnotorisch, daß die nunmehr vorgebrachten Tatsachen oder Beweismittel dem Verurteilten bereits in dem früheren Verfahren bekannt waren, so obliegt diesem der Beweis dafür, daß er sie ohne sein Verschulden nicht geltend machen konnte. Dabei muß natürlich die bloß abstrakte Möglichkeit, eine bestimmte Tatsache geltend zu machen, für die rechtliche Beurteilung ausscheiden, denn es ist nicht angängig, dem Verurteilten die Möglichkeit des Unschuldsbeweises aus Gründen zu verschließen, die nicht offenkundig ihm zuzurechnen sind, sondern möglicherweise durch andere Umstände, wie z. B. durch die Lückenhaftigkeit der Anklageschrift verursacht wurden.[4])

Durch diese Vorschrift wird die Möglichkeit der Wiederaufnahme — insbesondere angesichts der ausgedehnten Zuständigkeit der Schöffengerichte — in außerordentlicher Weise eingeschränkt.

Aber auch, wenn alle bisher genannten Voraussetzungen erfüllt sind, reicht dies noch nicht für die Berücksichtigung der vorgebrachten Nova aus, wenn nicht das Haupterfordernis, die »Erheblichkeit« des vorgebrachten Materials vom Gericht bejaht wird.

Das Gericht muß sich zu diesem Zwecke das Bild rekonstruieren, das der erkennende Richter bei der Urteilsfällung zu Grunde legte. Von diesem Standpunkt aus hat es dann zu beurteilen, ob die dem Urteil zu Grunde gelegten Tatsachen durch das neue Vorbringen erschüttert werden.

[1]) Dresden v. 6. Sept. 1888 (s. Alsberg S. 53).
[2]) s. Alsberg, (Anm. zu Liebknecht S. 344) und S. 53.
[3]) A. M.: Hamburg v. 10. Februar 1900, Alsberg Entsch. 2 Nr. 284.
[4]) s. dazu bes. Alsberg S. 53 f.

Während also bei der Prüfung der Neuheit die gesamten Hauptverhandlungsakten in Betracht zu ziehen sind, kommt für die Prüfung der Erheblichkeit nur der tatsächlich dem Urteil zugrundegelegte Sachverhalt, wie er sich aus der Begründung ergibt, in Frage. Maßgebend ist dabei — wie gesagt — ausschließlich der Standpunkt des in der früheren Verhandlung erkennenden Gerichts, und die Erheblichkeit wird nicht dadurch berührt, daß das Urteil mit Hilfe von Tatsachen aufrecht erhalten werden könnte, die zwar dem Wiederaufnahmegericht vorliegen, aber in den Gründen des angegriffenen Urteils nicht enthalten sind.[1])

Auf die Art des im Antrag gewählten Beweisthemas kommt es nicht an,[2]) diese bleibt also ganz dem Antragsteller überlassen. Es kommt natürlich vor allem die Darstellung solcher Tatsachen in Frage, die entweder den zu Grunde gelegten gesetzlichen Tatbestand beseitigen oder aber das Vorliegen strafbeseitigender oder -vermindernder Umstände dartun. Weiterhin sind aber auch solche Tatsachen geeignet, die das bisherige Beweismaterial nicht verändern, sondern nur in einem anderen Lichte erscheinen lassen, z. B. dadurch, daß die Unzuverlässigkeit eines bisher zur Belastung benutzten Beweismittels nachgewiesen und damit der Schuldbeweis zerstört wird. Umgekehrt kann natürlich auch die Brauchbarkeit eines bisher als unzulänglich abgelehnten Entlastungsmittels Beweisthema sein. Dies ist insbesondere dann denkbar, wenn ein früher Mitverdächtigter, auf dessen Aussage das Gericht keinen Wert gelegt hatte, nunmehr nach seiner, in einem besonderen Verfahren erkannten rechtskräftigen Freisprechung erneut als Zeuge produziert wird.[3])

Bestritten ist, ob zur weiteren Einschränkung auch auf § 359 Ziff. 5 Stpo. die Vorschrift des § 364 Stpo. angewendet werden muß, wenn das neue Vorbringen — sei es expressis verbis, sei es implicite — die Behauptung einer strafbaren Handlung enthält.

[1]) **Gl. A.:** Schwarz D. J. Z. 33, 1296.
R. G. v. 12. Juni 1923. E. 57, 317.
Ob. L. G. v. 16. Febr. 1899 Alsberg Entsch. 2 Nr. 320.
Karlsruhe v. 29. Febr. 1916 Alsberg Entsch. 2 Nr. 263 a.
A. M.: Löwe-Rosenberg Note 23 zu § 359.

[2]) s. Löwe-Rosenberg Note 23 b zu § 359.

[3]) e contrario R. G. v. 1. Okt. 1928, J. R. 1928, Nr. 1861.

Die heute herschende Ansicht nimmt jedoch mit Recht an, daß sich diese Vorschrift nur auf die im § 359 Ziff. 1–3 genannten Wiederaufnahmegründe bezieht.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht sprechen nicht nur die Motive des Gesetzes,[1]) sondern auch der Wortlaut. Nach diesem ist nämlich für den Fall, daß das Gesuch auf die formelle Tatsache einer Straftat gestützt wird, die vorgängige Verurteilung zur Zulassung des Antrags erforderlich, aber auch ohne weiteres genügend. Wenn jedoch der Gesuchsteller, der in der Begründung seines Antrags freie Wahl hat, sich nur auf Nova stützen will, so ist die Schlußfolgerung auf eine Straftat ohne Bedeutung, sondern es ist notwendig, daß die vorgebrachten Tatsachen als solche das frühere Urteil unhaltbar erscheinen lassen.[2])

[1]) Hahn Mat. S. 263 ff.

[2]) **Gl. M.**: Alsberg S. 115 ff.
Benneke-Beling, S. 102
Goldschmidt, S. 33, Note 3
Kries, S. 709.
Sello, S. 222.
Ditzen, G. S. 47, 123.
Kohler, Goldt. 61, 194.
Rosenblatt, G. S. 53, 450 ff.
Schwarz, D. J. Z. 33, 1295.
Köln v. 6. Juli 1882, Alsberg Entsch. 2 Nr. 287 b.
Dresden v. 19. Sept. 1883, Alsberg Entsch 2 Nr. 287 c.
Braunschweig v. 5. Juli 1890 Alsberg Entsch. 2 Nr. 287 d.
Braunschweig v. 18. Jan. 1892 Alsberg Entsch. 2 Nr. 287 e.
Kolmar v. 1. Dez. 1902 Goldt. 51, 208. Alsberg Entsch. 2 Nr. 287 f.
K. G. v. 9. Juni 1905 Goldt. 53, 184.
Darmstadt v. 16. Okt. 1908 Alsberg Entsch. 2 Nr. 287 g.
Celle v. 20. Mai 1912. Goldt. 61, 160. Alsberg Entsch. 2 Nr. 287 a.
Rostock v. 5. März 1914, Alsberg Entsch. 2 Nr. 287 i.
Breslau v. 18. Sept. 1914, Alsberg Entsch. 2 Nr. 287 h.
Ob. L. G. v. 13. April 1922 Bay. Z. 1922, 185.
Löwe-Rosenberg, Note 1 zu § 364.
ferner Prot. I 279 und II 263.

A. M.: West Z. f. Stw. 16, 247 ff.
„ G. S. 56, 180.
„ G. S. 61, 147.
„ Recht 12, 574.
„ D. J. Z. 7, 197.
Kolmar v. 22. Nov. 1889. Goldt. 38,79. Alsberg Entsch. 2 Nr. 286a.
Darmstadt v. 29. Nov. 1900 Alsberg Entsch. 2 Nr. 286 b.
Breslau v. 5. Mai 1903 Goldt. 51, 378. Alsberg Entsch. 2 Nr. 286 c.
Oldenburg v. 29. Mai 1911 D. J. Z. 12, 927.
Karlsruhe v. 26. Jan. 1916 Alsberg Entsch. 2 Nr. 286 e.
K. G. v. 30. Sept. 1919 Goldt. 68, 291. Alsberg Entsch. 2 Nr. 286 d.

Die gegenteilige Auslegung, welche im Gegensatz dazu die Einschränkung auch dann angewendet wissen will, wenn die Ausführungen des Antragstellers sich nicht auf eine strafbare stützen, sondern nur implicite auf die Behauptung einer solchen hinauslaufen, wiederspricht also dem Wortlaut und dem Zweck des Gesetzes. Denn für den Fall, daß sich der Antrag nicht auf die Straftat gründet, sollen die Beweisgrundlagen doch nicht »formal erschüttert, sondern materiell überwunden werden.[1])

[1]) so Gerland, S. 447

3. Hauptteil.

Wiederaufnahmeantrag.

Auch wenn die Wiederaufnahmevoraussetzungen zweifellos und gerichtsnotorisch vorliegen, findet doch niemals eine Wiederaufnahme von Amts wegen statt, wie man vielleicht angesichts des vorliegenden öffentlichen Interesses annehmen könnte, sondern es muß stets ein Antrag gestellt werden.

Der Antrag muß den gesetzlichen Grund, auf den die Wiederaufnahme sich stützen soll, sowie die vorhandenen Beweismittel in substantiierter Form enthalten.[1])

Er kann gestellt werden, sobald das Urteil rechtskräftig ist. Ein vorher eingebrachter Antrag ist ohne Wirkung. Ihn als bedingte Willenserklärung zu betrachten, die bis zum Eintritt der Rechtskraft wirkungslos ist, aber dann sofort zu Kräften kommt, erscheint gezwungen und unpraktisch, zumal bis zur Rechtskraft die Möglichkeit der Urteilsbeseitigung durch Rechtsmittel besteht.[2])

Den Beginn der Vollstreckung für die Zulassung des Antrags zu fordern, bietet des Gesetz ebenfalls keinerlei Anhaltspunkt,[3]) zumal durch Wiederaufnahme v o r erfolgter Strafvollstreckung häufig nachteilige Weiterungen vermieden werden können.

Einen Endtermin für die Stellung des Antrags kennt das Gesetz überhaupt nicht; weder die erfolgte Strafvollstreckung, noch eine etwaige Begnadigung,[4]) weder die Flucht, noch auch der Tod des Verurteilten schließen die Möglichkeit der Wiederaufnahme aus. Der Wiederaufnahme zeitliche Schranken zu setzen, wäre mit dem Wesen des Instituts als ultimum refugium des zu Unrecht Verurteilten auch völlig unvereinbar.

---

[1]) Breslau v. 14. Mai 1904 Goldt. 51, 357. Alsberg Entsch. 2 Nr. 298.
[2]) **A. M.**: Benneke-Beling, S. 599.
[3]) **A. M.**: Binding, S. 287.
[4]) Breslau v. 22. Juni 1923, G. S. 45, 186.
Löwe-Rosenberg, Note 2 zu § 361.
Wörmann zu § 401.

Damit löst sich die Streitfrage, ob der Tod des Privatklägers die Wiederaufnahme ausschließe, durch ein einfaches argumentum a potiori.[1]) Die Tatsache, daß die Strafprozeßordnung beim Ausbleiben eines Privatklägers in der Hauptverhandlung unter Umständen, wenn es dem Angeklagten günstig ist auch eine Verhandlung ohne Kläger zuläßt (§ 391 mit 301 Stpo.), bekräftigt die Richtigkeit dieser Anschauung.

Die Wirksamkeit des Antrags auf Wiederaufnahme ist ebensowenig wie bei den ordentlichen Rechtsmitteln von der terminologisch richtigen Bezeichnung des Rechtsbehelfs abhängig.[2]) Um einer formalistischen Behandlung der Anträge vorzubeugen, ist dieser an sich selbstverständliche Satz in § 300 Stpo. ausdrücklich ausgesprochen.

Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf die Wiederaufnahme wird dadurch ermöglicht, daß gemäß § 365 Stpo. die allgemeinen Rechtsmittelbestimmungen sämtlich auch auf den Wiederaufnahmeantrag Anwendung finden.

Um ein erschöpfendes Bild zu gewinnen, müssen daher auch im Folgenden die Vorschriften des 3. und 4. Buches stets im Zusammenhang betrachtet werden.

Zur Stellung des Antrags ist selbstverständlich in erster Linie der Verurteilte sowie sein evtl. gesetzlicher Vertreter berechtigt; daneben ist aber auch dem Ehemann einer Verurteilten wegen des Interesses, das dieser am Verfahren hat, ein selbstständiges Recht zur Antragstellung gewährt.

Sogar dem Verteidiger, der dem Verurteilten im früheren Prozeß zur Seite stand,[3]) steht ein Antragsrecht zu, denn das Mandat des Verteidigers besteht über die Rechtskraft hinaus auch für die Herbeiführung der Wiederaufnahme.[4]) Allerdings

[1]) so Stuttgart v. 5. Okt. 1898 Alsberg Entsch. 2 Nr. 308 a.
Gl. A.: Löwe-Rosenberg Note 2 c zu § 371 A. M.: Dresden v. 14. Okt. 1899 Alsberg Entsch. 2 Nr. 308 b.

[2]) Ob. L. G. v. 8. März 1910.
Löwe-Rosenberg Note 2 zu § 300.

[3]) Dies gilt nicht auch für den Beistand. R. G. v. 30. Dez. 1882 E. 7, 403.

[4]) R. G. v. 29. Juni 1891 E. 22, 97, J. W. 20, 450
R. G. v. 15. Dez. 1896 E. 29, 278.
Löwe-Rosenberg Note 12 b zu § 140.

ist dieses Antragsrecht des Verteidigers kein selbständiges, denn wider den ausdrücklichen Willen des Verurteilten kann er die Wiederaufnahme nicht betreiben. Die Bestimmung, die ihm ein Antragsrecht zuspricht, hat also praktisch nur die Bedeutung, daß sie den Verteidiger von der Notwendigkeit befreit, jeweils eine Vollmacht erbringen zu müssen.[1])

Aber nicht nur die Partei des Verurteilten, auch die Staatsanwaltschaft kann kraft ihrer Amtsstellung die Wiederaufnahme zu Gunsten betreiben.[2])

Dem Nebenkläger und Privatkläger kann dies, obwohl sie sonst hinsichtlich der Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft gleichstehen, nicht zukommen, da sie eine reine Parteistellung einnehmen. Dieser Standpunkt ist auch in den Motiven, sowie im Gesetz zum Ausdruck gekommen, dessen Wortlaut in §§ 390 Abs. 1 mit 397 Stpo. wohl jeden Zweifel ausschließt.[3])

Für den Fall, daß die Wiederaufnahme zu Gunsten eines Verstorbenen betrieben wird, gelten besondere Vorschriften für die Antragsstellung. Diese waren nötig, weil den meist interessierten Hinterbliebenen des Verurteilten mit Ausnahme des Ehemanns einer verurteilten Frau sonst keinerlei Möglichkeit zur zur Betreibung der Wiederaufnahme zu Gebote gestanden hätte. Deshalb erhalten in diesem Fall der Ehegatte, die Verwandten auf- und absteigender Linie, sowie die Geschwister des Verstorbenen ein Antragsrecht an dessen Stelle.

Das Antragsrecht der Staatsanwaltschaft bleibt von dieser Vorschrift unberührt; für sie gilt das Gleiche, wie wenn der Verurteilte noch leben würde.

Wenngleich dieser Standpunkt mit dem Wortlaut nicht völlig in Einklang steht, entspricht es doch allein der ratio legis, denn das Interesse des Staates an der Beseitigung eines unge-

---

[1]) Hahn Mat. S. 246, 966, 985.
Dresden v. 22. Dez. 1887.
Löwe-Rosenberg Note 2 zu § 297.
[2]) R. G. v. 15. Nov. 1889 E. 20, 46.
Löwe-Rosenberg Note 1 zu § 365.
[3]) Kries, S. 208.
Rosenfeld, S. 118.
s. auch Hahn Mat. S. 273.

rechten Urteils ist vom Tode des Verurteilten unabhängig.[1]) Da auch der Wortlaut der Bestimmung keineswegs erkennen läßt, daß es sich um eine, weitere Antragsteller ausschließende Ausnahmebestimmung handeln solle, ist es durchaus angängig, sie — wie oben geschehen — als Erweiterung aufzufassen.[2])

Die Partei des Verurteilten hat den Antrag in der Regel mittels einer, von dem Verteidiger oder einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift einzubringen.

Die Beauftragung des Verteidigers braucht dabei, da dieser ja auch von sich aus zur Antragstellung berechtigt ist, nicht für das Wiederaufnahmeverfahren eigens erwiesen zu werden; für einen Rechtsanwalt, der nicht Verteidiger war, ist dagegen der Nachweis einer Vollmacht unerläßlich.[3])

Für die Fälle, wo die Bestellung eines Anwalts nicht erwünscht oder nicht möglich ist, kann der Antrag auch zu Protokoll eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gestellt werden. Dabei kommt nur die Geschäftsstelle desjenigen Gerichts in Frage, von dem das angefochtene Urteil gefällt wurde, was sich aus dem Gleichlaut mit den gleichartigen Rechtsmittelbestimmungen zweifelsfrei ergibt. Ebenso wie dort gilt auch hier die Ausnahme, daß für einen nicht auf freiem Fuße befindlichen Verurteilten auch ein Urkundsbeamter des Gerichts zuständig ist, in dessen Gefangenenanstalt er sich befindet bezw., wenn das Gefängnis kein gerichtliches ist, ein Urkundsbeamter des Amtsgerichts, in dessen Bezirk das Gefängnis liegt.[4]) (§ 366 Abs. 2 Stpo. mit §§ 365 und 299 Abs. 1 Stpo.)

---

[1]) **Gl. M.:** Gerland, S. 437.
R. G. v. 29. April 1884 E. 10, 423
Aehnlich: Löwe-Rosenberg Note 4 zu § 361.
Hamburg v. 27. März 1888 Alsberg Entsch. 2 Nr. 307 b.
Kolmar v. 24. März 1890 Goldt. 38, 79 Alsberg Entsch. 2 Nr. 307 a.
A. M.: Kries, S. 635.
Wörmann, Note 2 zu § 401.

[2]) Hahn Mat. 2, 386.

[3]) **Gl. M.:** Köhler, G. S. 53, 195.
A. M.: R. G. v. 24. Jan. 1887. E. 15, 226.

[4]) R. G. v. 16. Sept. 1882. E. 7, 174.
K. G. v. 3. April 1882.
Ob. L. G. v. 24. Okt. 1903. Alsberg Entsch. 2 Nr. 302.

Von dem, auf diese Weise eng begrenzten Kreis von legitimierten Personen wird erwartet, daß sie kraft ihrer Sachkunde die Gerichte vor der Ueberlastung mit grundlosen Wiederaufnahmegesuchen schützen. Aus diesem Grunde gilt die vorgeschriebene Form nicht als gewahrt, wenn ersichtlich ist, daß der Antrag ohne selbständige oder zum mindesten prüfende Tätigkeit des Unterschreibenden entstanden ist, da in diesem Falle die erforderliche Vorprüfung nicht stattgefunden hat.[1])

Aus diesem Grunde ist auch eine Verweisung auf andere Schriftstücke, welche dem Antrag beiliegen, nur dann möglich, wenn sie bloß zur Stütze eines an und für sich schon hinreireichenden Antrags verwendet sind.[2])

Auch bei der Bestimmung des für den Antrag zuständigen Gerichts war der Grundsatz größtmöglicher Einschränkung der Wiederaufnahme maßgebend. Aus diesem Grunde ist hier, — völlig im Gegensatz zu den bei Berufung und Revision angewendeten Grundsätzen — eben das Gericht zur Entscheidung zuständig, dessen Urteil mit dem Antrag angefochten wird.

Dabei ist nicht entscheidend, in welcher Instanz das Urteil rechtskräftig wurde, sondern es kommt nur darauf an, welches Gericht die rechtskräftig gewordene und nunmehr angegriffene Sachentscheidung erlassen hat.

Diese Kompetenz kann fraglich sein, wenn ein Verfahren durch mehrere Instanzen gegangen ist. War gegen ein Urteil Berufung ergriffen, so hat in der Regel der Berufungsrichter selbständig und unabhängig von den Feststellungen des Erstrichters in Schuld- und Straffrage entschieden.[3]) In diesem Falle ist das erstrichterliche Urteil als solches völlig hinfällig und scheidet damit als Wiederaufnahmeobjekt aus. Dies gilt sogar,

[1]) R. G. v. 21. Sept. 1883. E. 9, 68.
K. G. v. 20. Sept. 1924. Z. f. Stw. 45, 472.

[2]) Gl. A.: Dresden v. 30. Juni 1892 Alsberg Entsch. 2 Nr. 295.
A. M.: R. G. v. 1. Okt. 1886 E. 14, 348. Goldt. 35, 393.
Breslau v. 8. Okt. 1924 Z. f. Stw. 47 HRR. 2. Jhg. S. 30, Alsberg Entsch. 2 Nr. 292.

[3]) Löwe-Rosenberg Note 2 und 5 zu § 323. Löwe-Rosenberg Note 2 a zu § 366.

wenn die Entscheidung des Erstrichters in zweiter Instanz völlig bestehen bleibt, denn die Berufungsverwerfung ist dann so zu verstehen, daß der Berufungsrichter auf Grund seiner Erhebungen die Feststellungen des Erstrichters zu den seinen gemacht hat.[1]) Anders ist es nur, wenn aus irgendwelchen Gründen der Berufungsrichter gar nicht mit dem gesamten Urteilskomplex befaßt war, sei es, daß er das Rechtsmittel sofort als unzulässig verworfen hat, sei es, daß die Berufung nur die Straffrage betraf. In diesem Falle können im Prinzip beide Urteile angegriffen werden, hier kommt es also darauf an, in welchem Verfahren nach der Behauptung des Antragstellers der Wiederaufnahmegrund liegt. Fehlen darüber besondere Angaben, so ist es in dubio anzunehmen, daß das Urteil der ersten Instanz angegriffen wird, da diese über die Hauptfrage, nämlich die Schuld entschieden hat.[2])

Für Urteile, welche in die Revisionsinstanz gegangen sind, gilt die besondere Bestimmung, daß das Revisionsgericht für die Wiederaufnahme nur dann zuständig ist, wenn der Wiederaufnahmegrund der mangelnden Rechtsbeständigkeit (§ 359 Ziff. 3 Stpo.) geltend gemacht ist, sonst aber stets dasjenige Gericht, gegen dessen Urteil die Revision eingelegt war.

Wenngleich diese Gesetzesbestimmung offenbar von der falschen Annahme ausgeht, daß im Revisionsverfahren ein anderer Wiederaufnahmegrund als der genannte überhaupt nicht vorkommen könne, so kann sie dennoch nicht einfach durch extensive Interpretation ihrer Wirkung beraubt werden. Bei allen anderen Wiederaufnahmegründen muß also sowohl im Falle der Verwerfung des Rechtsmittels als auch dann, wenn unter Aufhebung des früheren Urteils eine neue Entscheidung erging, stets

[1]) Naumburg v. 18. Juni 1924. Z. f. Stw. 45, 536.

[2]) Gl. A.: Gerland, S. 442. A. M.: Benneke-Beling S. 603 ff.
Kries, S. 710.
Dresden v. 3. Nov. 1899
Alsberg Entsch. 2 Nr. 303 c.
Ob. L. G. v. 21. Jan. 1910
Alsberg Entsch. 2 Nr. 303 b.
Dresden v. 7. Mai 1916
Alsberg Entsch. 2 Nr. 303 d.
Ob. L. G. v. 24. März 1927
J. R 1927, 1270.
Löwe-Rosenberg Note 2b zu § 367.

die untere Instanz über das Wiederaufnahmegesuch entscheiden.[1]) War die Sache vom Revisionsgericht unter Aufhebung des früheren Urteils in die Vorinstanz zurückverwiesen worden, so kommt diese Entscheidung als Wiederaufnahmeobjekt schon deshalb nicht in Frage, weil sie als bloße Zweckentscheidung sowieso ohne positive Kraft ist.[2])

Da die Entscheidung jeweils ohne mündliche Verhandlung erfolgt, entscheidet an Stelle des Schöffengerichts der Amtsrichter, an Stelle der Strafkammer und des Schwurgerichts die landgerichtliche Beschlußkammer in Besetzung von 3 Richtern; auch Oberlandes- und Reichsgericht entscheiden in Beschlußbesetzung und zwar das Oberlandesgericht stets mit 3 Richtern, das Reichsgericht in erster Instanz mit 3, in letzter Instanz mit 5 Richtern. (§§ 30, 76, 82, 122, 139 G. V. G.)

Die Richter, die bei der ersten Entscheidung mitgewirkt haben, sind auch beim Wiederaufnahmeverfahren teilnahmeberechtigt, denn die Bestimmungen, die bei ordentlichen Rechtsmitteln den Vorderrichter ausschließen, sind als Ausnahmebestimmungen keiner Analogie fähig. Auch würde ihre Anwendung den Intentionen des Gesetzgebers, welcher von den Richtern der ersten Entscheidung eine besondere Kenntnis zur Sache und eine besonders genaue Prüfung erwartete, direkt zuwiderlaufen.

Lediglich, wenn eine Amtspflichtverletzung behauptet wird, sind die von diesem Vorwurf betroffenen Richter — wie sich von selbst versteht — bei der Behandlung des Antrags ausgeschlossen.[3])

---

[1]) **Gl. A.:** Gerland, S. 442.
R. G. v. 14. Febr. 1913 E. 47, 46.
Löwe-Rosenberg Note 2a zu § 367.
Wörmann Note 2c zu § 407.
A. M.: Benneke-Beling S. 603.
Kries S. 710.

[2]) Löwe-Rosenberg Note 2a zu § 367.

[3]) R. G. v. 23. Dezember 1881. E. 4, 426.
Löwe-Rosenberg Note 5 zu § 367.

4. Hauptteil.

Wiederaufnahme-Zulassungsverfahren.

Das Wiederaufnahmeverfahren selbst zerfällt in zwei, ihrer Bedeutung nach grundverschiedene Abschnitte.

Der erste Abschnitt beschäftigt sich nur mit der Frage, ob dem Antrag auf Wiederaufnahme zu entsprechen sei.

Erst wenn diese Frage bejaht wird, kommt es zum zweiten Abschnitt, in dem die Hauptverhandlung wieder aufgenommen wird und ein neues Urteil ergeht.

Das Verfahren über den Antrag (Wiederaufnahme-Zulassungsverfahren), hat nur die Bedeutung einer Vorprüfung. Solange es nicht zum Abschluß gelangt ist, bleibt die Rechtskraft des angegriffenen Urteils auf alle Fälle bestehen; auch seine Vollstreckung wird also weder durch den Antrag noch durch das Verfahren gehemmt. (§ 360 Stpo.)

Das Gericht kann jedoch, wenn es dies aus besonderen Gründen für angemessen erachtet, bereits jetzt einen Aufschub der bevorstehenden, bezw. eine Unterbrechung der bereits stattfindenden Vollstreckung anordnen.

Es ist auch ganz selbstverständlich, daß nicht schon der Antrag und seine Zulässigkeit als solche regelmässig Suspensiveffekt haben, sonst könnte jeder Verurteilte durch formgerechtes Behaupten eines Wiederaufnahmegrundes einen Strafaufschub bis zur Verbescheidung seines Antrags erwirken.

Immerhin mußte dem Gericht die Möglichkeit der sofortigen Suspendierung der Strafe bleiben, um bei besonders klaren Fällen, in denen aber doch eine Tatsachenprüfung erforderlich ist, weitere Schäden zu verhüten.

Da die Tatsachenprüfung stets erst nach der formellen Zulassung möglich ist, empfiehlt es sich, wenn Strafunterbrechung begehrt wird, die behaupteten Tatsachen im Antrag glaubhaft zu machen.

Gegen die, bezüglich der Strafunterbrechung ergehende Entscheidung ist übrigens, da auch sie aus Anlaß eines Wiederaufnahmeantrags ergeht, die sofortige Beschwerde möglich. (§ 372 Stpo.)

Das Wiederaufnahme-Zulassungsverfahren beginnt, um ungeeignete Anträge von vornherein auszuschalten, jeweils mit einer Vorprüfung, die sich ausschließlich auf die formelle Zulässigkeit des Antrags bezieht. (§ 368 Stpo.)

Das Gericht hat bei dieser Prüfung nur das Antragsvorbringen in Betracht zu ziehen[1]) und zu entscheiden

1. ob die vorgeschriebene Form gewahrt ist,
2. ob einer der im Gesetz verlangten Gründe geltend gemacht ist und
3. ob die vorgebrachten Beweismittel an sich geeignet sind, das auf sie gestützte Vorbringen zu erhärten.

Dabei braucht eine Berücksichtigung von Behauptungen, die bereits bei einem früheren Antrag in gleicher Sache verbeschieden worden sind, nicht stattzufinden, es sei denn, daß sie im Zusammenhang mit neuen Behauptungen eine andere Beleuchtung erfahren.

Die Prüfung von Form und Gründen ist rein formeller Natur; bezüglich der Beweismittel in den Fällen, wo eine strafbare Handlung als Grund vorgebracht ist, eine Prüfung der vorhergegangenen Verurteilung genügend; in allen anderen Fällen ist eine weitergehende, aber auch nur formelle Prüfung notwendig, in der festzustellen ist, ob die vorgebrachten Beweise — vorausgesetzt, daß sie dem Beweisthema entsprächen — ihrer Zuverlässigkeit und ihrem Inhalt nach überhaupt geeignet sind, eine Erschütterung des angegriffenen Urteils herbeizuführen. Ob der Antrag auch wirklich begründet ist, darf hier noch nicht geprüft werden, da hier ausschließlich das Antragsvorbringen selbst berücksichtigt wird.[2])

---

[1]) Dresden v. 12. April 1916.
[2]) Ob. L. G. v. 10. April 1929 J. W. 58, 2754.

Ueber die Zulässigkeit des Antrags muß eine ausdrückliche beschlußmäßige Entscheidung getroffen werden.[1])

Da diese Entscheidung durch das Gericht ohne eine Hauptverhandlung erlassen wird, ist der Staatsanwalt vorher zu einer schriftlichen oder mündlichen Erklärung berechtigt. (§ 33 Stpo.) Von diesem Grundsatz hier eine Ausnahme zu machen, besteht kein Anlaß, denn die in § 369 Stpo. besonders geregelte Anhörung des Gegners gehört erst zur Instruktion über den bereits zugelassenen Antrag.[2])

Wird ein Antrag nur auf eine der gesetzlich benannten Voraussetzungen gestützt, so kann er nicht teilweise für zulässig, teilweise für unzulässig erklärt werden;[3]) auch eine Zulassung unter Beschränkung auf bestimmte Beweismittel ist nicht möglich, da die Zulässigkeit und der Umfang der Beweisaufnahme erst im nachfolgenden Verfahren zur Entscheidung kommt. (s. § 369 Stpo.)

Die in der Vorprüfung ergehende Entscheidung hat also nur den Antrag für zulässig zu erklären oder als unzulässig zu verwerfen;[4]) in beiden Fällen ist sie mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar.

Ist allerdings der Antrag nur unvollständig, oder ist der Mangel, wegen dessen die Abweisung erfolgen müßte, leicht zu beheben, so empfiehlt es sich für das Gericht, statt den Antrag sofort zu verwerfen, lieber zuerst den Antragsteller unter Bestimmung einer Frist zur Berichtigung aufzufordern, da durch die andernfalls erforderliche Erneuerung des Antrags sowohl dem Gericht, als auch dem Antragsteller lediglich erhöhte Arbeit erwachsen würde.[5])

---

[1]) Gl. A.: R. G. v. 26. Sept. 1902 E. 35, 352. A. M.: Benneke-Beling, S. 605 Note 4.
Dresden v. 8. April 1908 Gerland S. 443.
Alsberg Entsch. 2 Nr. 319. Kries, S. 711.
Löwe-Rosenberg Note 4 a zu § 368.
Wörmann Note 3 zu § 409.

[2]) Dresden v. 15. Nov. 1882 Alsberg Entsch. 2 Nr. 309.
Löwe-Rosenberg Note 4 a zu § 368

[3]) K. G. v. 11. Jan. 1910. Goldt. 57, 414, Alsberg Entsch. 2 Nr. 312 b.
Hamburg v. 6. April 1916 Alsberg Entsch. 2 Nr. 312 a.

[4]) K. G. v. 11. Jan. 1910, Goldt. 57, 414, Alsberg Entsch. 2 Nr. 312 b.
Stuttgart v. 10. Juni 1926, Goldt. 71, 193.

[5]) Königsberg v. 15. Jan. 1925 Z. f. Stw. 46, 148.
Löwe-Rosenberg Note 5 zu § 368.

Sobald der Beschluß, der den Antrag als formell zulässig anerkennt, durch Versäumung oder Verwerfung einer Beschwerde rechtskräftig geworden ist, kann er nicht wieder aufgehoben oder durch eine neue gegenteilige Entscheidung einfach illusorisch gemacht werden, da dies dem Grundsatz der Rechtskraft widerspräche. Andernfalls würde nämlich die Möglichkeit der Beschwerde – entgegen ihrer Zweckbestimmung – dem Antragsteller nur zum Schaden, und nicht auch zum Nutzen gereichen können, da sich die Rechtskraft der Entscheidung dann nur **gegen** ihn auswirken würde.[1])

Das weitere Verfahren beschäftigt sich demgemäß ausschließlich mit der Frage, ob der Antrag b e g r ü n d e t ist. (§§ 369, 370 Stpo.)

Obwohl die Staatsanwaltschaft bereits v o r dem Zulassungsbeschluß Gelegenheit zur Aeußerung hatte, ist ihr als dem Gegner des Antragstellers nach bindender Vorschrift nunmehr auch der Zulassungsbeschluß selbst, unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung zuzustellen. (§ 368 Abs. 2 Stpo.) Dies rechtfertigt sich sachlich dadurch, daß bei der Frage der Zulässigkeit ganz andere Gesichtspunkte maßgebend sind als bei der nunmehr zu behandelnden Frage der Begründetheit, zumal auch unter Umständen mehrere Gründe geltend gemacht waren und deshalb noch gar nicht ersichtlich sein konnte, welchen Grund das Gericht als für die Zulässigkeit der Wiederaufnahme ausschlaggebend betrachtet würde.[2]) Die Frist muß so bemessen sein, daß sie nicht vor Rechtskraft des Zulässigkeitsbeschlusses abläuft, da bei erfolgreicher Einlegung einer Beschwerde eine Erklärung der Staatsawaltschaft völlig hinfällig würde.[3])

Die Erklärung ist weder formell noch inhaltlich irgendwie beschränkt. Sie kann also auch neue Tatsachen und Beweismittel zur Entkräftung der gegnerischen Behauptung enthalten.

---

[1]) **Gl. A.:** Kries S. 713.
Rosenfeld S. 267.
Hamburg v. 20. Febr. 1914
Alsberg Entsch 2 Nr. 314 a.
A. M.: Benneke-Beling S. 606.
Gerland S. 444.
Köln v. 16. Okt. 1891
Alsberg Entsch. 2 Nr. 314 b.

[2]) **A. M.:** R. G. v. 1. Juni 1881. R. 3, 356.
Löwe-Rosenberg Note 4 a zu § 368.

[3]) Giehl, S. 34.

Ist der Antrag zu Gunsten des Verurteilten von der Staatsanwaltschaft gestellt, so fehlt es zwar an einem »Gegner« des Antragstellers, aus der allgemeinen gegensätzlichen Parteistellung von Staatsanwaltschaft und Angeklagten ist aber zu schließen, daß in diesem Falle doch der Verurteilte Anspruch auf Mitteilung hat, zumal er unter Umständen aufschlußreiche Ergänzungen zu dem staatsanwaltschaftlichen Antrag bringen kann.[1])

Nach Eingang der Erklärung oder fruchtlosem Ablauf der gesteckten Frist nimmt das Verfahren seinen Fortgang.

Das Gericht hat sich nun darüber schlüssig zu werden, ob eine weitere Beweisaufnahme veranlaßt ist oder nicht.

Bietet das bereits vorliegende Material schon genügende tatsächliche Unterlagen, so kann von weiteren Erhebungen abgesehen werden,[2]) in den meisten Fällen werden sie jedoch unentbehrlich sein.

Obwohl das Gesetz nur von der Aufnahme der »angetretenen« Beweise spricht, (§ 369 Abs. 1 Stpo.) ist das Gericht nicht auf die in Antrag und Gegenerklärung vorgebrachten Beweise beschränkt, da auch im Wiederaufnahmeverfahren, sobald dasselbe eingeleitet ist, das Offizialprinzip Geltung hat.[3])

Das Gericht kann also nach seinem Ermessen noch weitere, zur Klärung der Sachlage dienliche Beweismittel verwenden.[4]) In der Auswahl derselben ist das Gericht völlig frei; es muß demgemäß sogar die Beobachtung des Verurteilten in einer öffentlichen Irrenanstalt für zulässig erachtet werden, falls diese Maßnahme zur Feststellung seines Geisteszustandes erforderlich ist.[5]) Die Ansicht, welche eine Einschaffung vor Anordnung

[1]) Wörmann, zu § 409.
[2]) R. G. v. 5. Juni 1896 Goldt. 44, 146.
[3]) Hamm v. 17. Juni 1926 Goldt. 71, 116.
[4]) Gl. M.: Benneke-Beling S. 605. A. M.: Kries, S. 711.
Gerland, S. 444.
Löwe-Rosenberg Note 1 b zu § 369.
Wörmann Note 1 zu § 409.
[5]) Beling Z. f. Stw. 38, 826.
Winkler G. S. 78, 371.
Ob. L. G. v. 1. Aug. 1924 L. Z. 19, 50.

der Hauptverhandlung nicht für zulässig erachtet, weil vorher kein »Angeschuldigter« vorhanden sei,[1]) erscheint zu eng, da das Verfahren zwischen den Beschlüssen über die Zulässigkeit und die Begründetheit des Antrags der Bedeutung nach einer Voruntersuchung gleichzuachten ist.[2])

Wie gegen alle Entscheidungen im Wiederaufnahmeverfahren, so ist auch gegen den Beschluß über die Notwendigkeit der Beweiserhebung, gemäß § 372 Stpo. die sofortige Beschwerde zulässig. Für den Fall der Einbringung in eine Irrenanstalt hat diese sogar aufschiebende Wirkung. (§ 81 Abs. 3 Stpo.)

Mit der Aufnahme der Beweise hat das Gericht einen Richter zu betrauen; wenn das Gesetz hier von »Beauftragung« spricht, so ist das doch nicht im technischen Sinn zu verstehen, vielmehr ist die Beweisaufnahme selbstredend auch durch einen ersuchten Richter möglich.[3])

Erhebungen durch die Polizeibehörde sind jedoch unzulässig.[4])

Gleichzeitig mit der Anordnung der Beweise wird durch das Gericht bestimmt, inwieweit der beauftragte bezw. ersuchte Richter bei seinen Erhebungen Eide abnehmen soll.[5]) Während nämlich im Regelfall die Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen erst in der Hauptverhandlung erfolgt, ist hier die Beeidigung völlig dem Ermessen des Gerichts überlassen (§ 369, Abs. 2 Stpo.) Maßgebend war dabei, »daß es mit dem Wesen der Wiederaufnahme einer bereits rechtskräftig entschiedenen Untersuchung nicht wohl verträglich erschien, dieselbe auf unbeeidigte Aussagen zu gründen.« Die Aussetzung der Beeidigung war also hier als Ausnahme betrachtet.[6]) Auf diese Weise soll vermieden werden, daß Personen, die mit Recht verurteilt sind, auf Grund unlauterer Manipulationen die Wiederaufnahme

[1]) Düsseldorf v. 17. Juni 1912. Goldt. 60, 153.
[2]) R. G. v. 8. Jan. 1909. E. 18, 417.
Löwe-Rosenberg Note 2 zu § 369.
[3]) Löwe-Rosenberg Note 2 zu § 369.
[4]) Dresden v. 14. Aug. 1905 D. J. Z. 14, 93. Alsberg Entsch. 2 Nr. 315 d.
Hamburg v. 24. Okt. 1906 Alsberg Entsch. 2 Nr. 315 a.
Königsberg v. 15. April 1915 Alsberg Entsch. 2 Nr. 315 c.
Ob. L. G. v. 23. Dez. 1919 Alsberg Entsch. 2 Nr. 315 b.
Ob. L. G. v. 4. Febr. 1921 L. Z. 15, 236.
[5]) Gerland, S. 444.
[6]) Hahn Mat. S. 267.

herbeiführen könnten,[1]) um sich dann den leicht möglichen Verlust der Belastungsbeweise zu Nutze zu machen.[2]) Auf der anderen Seite soll die Beeidigung auch dem Interesse des Verurteilten dienen, indem durch den Eideszwang Leute, die sich sonst vielleicht aus Bequemlichkeit oder sonstigen Gründen scheuten, mit den Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils in Widerspruch zu treten, zur Angabe der Wahrheit gezwungen werden können.[3]) Trotzdem wird die Beeidigung nicht in jedem Falle notwendig sein, so insbesondere dann nicht, wenn die Erneuerung der Hauptverhandlung und abermalige Einvernahme des Betreffenden außer Frage steht. In diesen Fällen ist die Beeidigung im Wiederaufnahme-Zulassungsverfahren zu unterlassen, denn jeder ohne zwingenden Grund geschworene Eid ist ein Beitrag zur »Krisis der Justiz«

Hinsichtlich der Parteiöffentlichkeit bei der Beweisaufnahme kommen die für die Voruntersuchung geltenden Bestimmungen zur Anwendung. (§ 369 Abs. 3 Stpo.)

In den hier angezogenen Paragraphen ist den Prozeßbeteiligten für gewisse, erschöpfend aufgezählte Fälle ein ausdrücklicher Anspruch auf Anwesenheit bei gewissen Beweishandlungen eingeräumt. (§§ 193 f. Stpo.) In anderen als den aufgezählten Fällen hat das Gericht nicht die Pflicht, sondern nur die Möglichkeit, die Beteiligten nach eigenem Ermessen zuzulassen.[4])

Obwohl in den Bestimmungen über Parteiöffentlichkeit nur der Staatsanwalt, der Verurteilte und der Verteidiger genannt sind, ist das Anwesenheitsrecht doch auch auf Privat- und Nebenkläger sowie auf die etwaigen selbständigen Antragsteller auszudehnen, da kein Grund ersichtlich ist, diese anders zu behandeln als die im Gesetz Aufgeführten und deshalb die Aufzählung nur als exemplikativ betrachtet werden kann.[5])

Der Anspruch auf Anwesenheit ist den Parteien gegeben bei Einnahme eines Augenscheins, ferner bei Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, deren Erscheinen in der Hauptverhandlung voraussichtlich unmöglich oder durch die große

[1]) Prot. S. 271.
[2]) Vergl. Schwarz D. J. Z. 33, 1296
[3]) Prot. S. 272.
[4]) **Gl. A.**: Gerland, S. 323. **A. M.**: Löwe-Rosenberg Note 1a zu § 193.
[5]) Löwe-Rosenberg Note 2 zu § 193

Entfernung besonders erschwert ist. Die bloße Möglichkeit, daß es zur Hauptverhandlung nicht kommen werde, ist jedoch diesem Falle nicht gleichgestellt, zumal in § 193 Abs. 2 Stpo. ja gerade vorausgesetzt ist, daß es zu einer Hauptverhandlung kommen werde.[1])

Befindet sich der Angeschuldigte nicht auf freiem Fuße, so hat er das Anwesenheitsrecht nur bei solchen Terminen, die an der Gerichtsstelle des Ortes abgehalten werden, wo er sich in Haft befindet. (§ 193 Stpo.)

Die sämtlichen zur Teilnahme am Termin Berechtigten sind, wenn es irgend möglich ist, rechtzeitig zu benachrichtigen, damit sie ihre Rechte wahrnehmen können.

Beim Termin selbst, der sich in allen diesen Fällen als antizipierter Teil der Hauptverhandlung darstellt,[2]) müssen den Beteiligten dieselben Rechte zugestanden werden, wie in der Hauptverhandlung — insbesondere also ein Fragerecht — da sonst ihre Anwesenheit nahezu bedeutungslos wäre.[3])

Können die Berechtigten zu den Terminen nicht erscheinen, so hindert dies die Abhaltung derselben nicht, sondern der Richter kann die Beweise dann ohne sie aufnehmen; sollte die Befürchtung bestehen, daß ein Zeuge in Anwesenheit des Verurteilten nicht die Wahrheit sagen werde, so kann dieser sogar ausdrücklich ausgeschlossen werden, ohne daß dies auf die Wertung des Beweisergebnisses von Einfluß ist. (§ 194 Stpo.)

Nach Schluß der Beweisaufnahme sind die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte unter Bestimmung einer Frist zu ferneren Erklärung aufzufordern. Dadurch soll nach dem Willen des Gesetzgebers beiden Parteien Gelegenheit geboten werden, sich zu dem Beweisergebnis zu äußern.[4])

Die Abgabe einer Erklärung ist natürlich nur dem Staatsanwalt und dem Verteidiger ohne weiteres möglich, da nur diesen ein Akteneinsichtsrecht zusteht. Dem nicht von einem

---

[1]) **Gl. A.**: Dresden v. 26. Okt. 1889 Alsberg Entsch. 2 Nr. 317.
Löwe-Rosenberg Note 4 zu § 369.
A. M: Rostock v. 12. Okt. 1893 Goldt. 41, 429.

[2]) Hahn Mat. S. 787

[3]) **Gl. A.**: Kries, S. 376.
Kohler G. S. 53, 246
Löwe-Rosenberg Note 3 zu § 193.
A. M.: Benneke-Beling S. 509

[4]) Hahn Mat. S. 267.

Verteidiger vertretenen Antragsteller muß daher das Beweisergebnis, das er nur zum kleinsten Teil kennen kann, erst zur Kenntnis gebracht werden.[1]) Auf welche Weise dies geschehen soll, ist im Gesetz nicht gesagt. Außer der Erteilung von Abschriften kann auch die Verlesung der Protokolle oder die mündliche Eröffnung des wesentlichen Inhalts derselben in Frage kommen.[2]) Zwischen diesen Möglichkeiten hat das Gericht je nach Lage des Falles zu wählen,[3]) wobei im Interesse der Parteiengleichheit möglichst immer die wörtliche Bekanntgabe des Protokollinhalts zu wählen ist.[4])

Ist die Beweisaufnahme beendet oder der Beschluß, der sie für unnötig erklärt hat, rechtskräftig geworden, so erfolgt auf Grund des vorhandenen Materials der Beschluß über die Begründetheit des Antrags.

Hier liegt der Schwerpunkt der ganzen Wiederaufnahme und es ist daher auf diesen Teil des Verfahrens ein besonderes Augenmerk zu richten.

Die hier zu fällende Entscheidung unterscheidet sich von der über die Zulässigkeit ergehenden insbesondere dadurch, daß in der letzteren, soweit sie sich überhaupt mit Tatsachenbehauptungen beschäftigt, nur deren Aussicht auf Erfolg, nicht aber deren Richtigkeit geprüft wird, während in dem Beschluß über die Begründetheit des Antrags die Wahrheit der Behauptung und ihre Bedeutsamkeit auf Grund des vorgebrachten Materials, bezw. — falls dieses nicht ausreichte — auf Grund der stattgehabten Beweisaufnahme nachgeprüft wird.[5])

Der Gegenstand der Prüfung ist hier verschieden, je nach dem geltend gemachten Wiederaufnahmegrund:

Stützt sich der Antrag auf Ziff. 1 und 2 des § 359 Stpo., so ist in erster Linie zu prüfen, ob tatsächlich eine unrichtige Beweisführung im Sinne des Gesetzes vorlag. Ist dies, sei es durch den Nachweis eines rechtskräftigen Strafurteils, sei es

[1]) Kries S. 712.
[2]) Löwe-Rosenberg Note 6 zu § 369.
[3]) Rostock v. 21. Juni 1921 Z. f. Stw. 42, 718. Alsberg Entsch. 2 Nr. 334.
[4]) Wörmann zu § 409.
[5]) Dresden v. 8. April 1908 Alsberg Entsch. 2 Nr. 319.

durch besondere Beweisführung dargetan, so handelt es sich nur noch um die Frage, ob ein Konnex zwischen dem Urteil und der Beweisführung möglich war.

Im Falle der Ziff. 3 dagegen, wo es sich um einen absoluten Wiederaufnahmegrund handelt, ist der Nachweis der Straftat stets ohne weiteres zur Wiederaufnahme genügend.

Bei den seltenen Fällen der Ziff. 4 kommt es darauf an, ob das angeriffene Strafurteil auf das behauptete Zivilurteil gegründet war und ob dieses wirklich rechtskräftig aufgehoben ist.

Am umfassendsten ist die Prüfung im Falle der Ziff. 5, wo nicht nur die ganzen Behauptungen auf ihre Richtigkeit zu untersuchen sind, sondern auch ihre Bedeutung für die Erschütterung des früheren Urteils gewürdigt werden muß. Dabei ist das Wiederaufnahmegericht, soweit alte Tatsachen im Zusammenhang mit neuen wiederum gewürdigt werden müssen, keineswegs an die Ansicht des früheren Gerichts gebunden, insbesondere dann nicht, wenn diese auf einer irrigen Rechtsauffassung beruhte, denn es kommt ja gerade darauf an, die Haltbarkeit dieser Feststellungen zu prüfen.

Aus diesem Grunde ist der Antrag stets als begründet zu erachten, wenn die Feststellungen des angegriffenen Urteils durch die neuen Tatsachen als solche erschüttert sind. Es ist daher nicht erlaubt, das alte Urteil mit neuen, von dem früheren Gericht nicht gemachten Feststellungen aufrecht zu erhalten.[1])

Ist die für die Beschlußfassung maßgebende Prüfung für den Antragsteller nachteilig ausgefallen, so wird der Antrag nunmehr ohne mündliche Verhandlung als unbegründet verworfen.

Gegen diese Entscheidung ist, wie in allen Fällen, die sofortige Beschwerde möglich.

Erlangt der die Wiederaufnahme ablehnende Beschluß Rechtskraft, so hat dies nicht etwa den Ausschluß jedes weiteren Gesuchs zur Folge, sondern es hat lediglich die Wirkung, daß damit die vorgebrachten Gründe, soweit sie geprüft wurden,

[1]) Schwarz D. J. Z. 33, 1296.
R. G. v. 12. Juni 1923, E. 57, 318.
München v. 16. Febr. 1899 Alsberg Entsch. 2 Nr. 320.
Löwe-Rosenberg Note 3 a zu § 371.

ihre Erledigung finden und künftig nur mehr in Verbindung mit neuen Gründen wieder geltend gemacht werden können.[1])

Erweist sich dagegen der Antrag als begründet, so hat das Gericht durch den sogen. Wiedereröffnungsbeschluß die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Erneuerung der Hauptverhandlung anzuordnen.

Daß auch diese Entscheidung, als die bedeutungsvollste des ganzen Verfahrens durch ausdrücklichen, mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Beschluß ergehen muß, ist selbstverständlich.

Der Wiedereröffnungsbeschluß ist, obwohl er viel Aehnlichkeit mit dem Eröffnungsbeschluß des gewöhnlichen Verfahrens hat, diesem doch nicht durchaus gleichzustellen, wie sich aus verschiedenen, inhaltlich auseinandergehenden Bestimmungen ergibt. Abzulehnen ist deshalb die aus der Analogie des gewöhnlichen Eröffnungsbeschlusses geschöpfte Meinung, daß eine Wiederaufnahme zu Gunsten eines Geisteskranken stets unmöglich sei, denn die imperativen und keine Ausnahme duldenden Bestimmungen des § 370 Stpo. gestatten eine analoge Anwendung des § 205 Stpo. nicht.[2])

Durch den Wiedereröffnungsbeschluß wird der Verurteilte gegen das frühere Urteil vollkommen restituiert und letzteres tatsächlich beseitigt.[3])

Dieser Auffassung steht scheinbar die Wortfassung des § 373 Stpo. entgegen, in der es heißt, das alte Urteil könne gegebenenfalls »aufrechterhalten« werden. Der tatsächliche Wille des Gesetzgebers, der auch allein zu einem befriedigendem Ergebnis führt, ist jedoch aus der Fassung des Entwurfs zu ersehen, wo es heißt: »In der erneuten mündlichen Verhandlung ist anderweit

[1]) Alsberg, S. 107. Anm. 1.
Köln v. 10. Nov. 1905 Goldt. 53, 305, Alsberg Entsch. 2 Nr. 299.
K. G. v. 27. März 1908. Goldt. 58, 226 Alsberg Entsch. 2 Nr. 313.
K. G. v. 5. Mai 1922 J. W. 1922, 1418.
Königsberg v. 15. Febr. 1925 Z. f. Stw. 46 H. R. R. 1, 148 Alsberg Entsch. 2 Nr. 300.
ebenso Kolmar v. 9. März 1895 s. Alsberg Entsch. Anm. 1 zu 2 Nr. 313.
[2]) Köln v. 30. Dez. 1891 Alsberg Entsch. 2 Nr. 321.
[3]) Prot. S. 271.

in der Sache selbst zu erkennen und das früher ergangene Urteil aufzuheben.«[1])

Die hievon im Wortlaut abweichende heutige Fassung wurde bei der Redaktion des Gesetzes von der Reichstagskommission beschlossen, »da es nicht gut klinge, wenn das Urteil aufgehoben und gleich wieder ebenso erkannt werde.«[2]) An dem Sinn der Bestimmung sollte aber durch diese, rein redaktionelle Neufassung nichts geändert werden.[3])

Bestünde das alte Urteil wirklich noch fort, so wäre ja auch eine neue Verhandlung über die gleiche Sache ein Unding, zumal sie nicht lediglich auf die Kritik des früheren Urteils abzielt, sondern völlig unabhängig von dem früheren Verfahren ist.

Aus alledem ist ersichtlich, daß das alte Urteil keinerlei Wirkung mehr äußern kann. Die natürliche Folge dieses Umstands ist die eintretende Unzulässigkeit einer weiteren Vollstreckung.

So einleuchtend dieser Standpunkt zu sein scheint, so wird er doch immer noch in Theorie und Praxis vielfach bestritten.

Daß die Gegenmeinung, die auf die reine Wortauslegung des unglücklich gefaßten § 373 Stpo. gestützt wird, sich theoretisch nicht halten läßt, ist bereits dargelegt. Aber auch praktisch kann sie in keiner Weise befriedigen, denn eine so einschneidende und in ihren Folgen irreparable Maßnahme wie die Strafvollstreckung kann nur aus einem, jedem Zweifel gegenüber feststehenden Urteil möglich sein, nicht aber aus einem, das in seinen Grundlagen wirksam erschüttert ist.[4]) Die vielen hier möglichen Härten können nicht durch Anwendung der Kann-

[1]) Entwurf § 279.
[2]) Hahn Mat. S. 1064.
[3]) Prot. S. 271. f.
R. G. v. 12. Okt. 1880 E. 2, 327
R. G. v. 12. Juni 1923 E. 57, 317.
[4]) Gl. A.: Alsberg J. W. 52, 80.
Binding S. 289.
Gerland S. 445.
Kries S. 716.
Köln v. 5. Aug. 1884
Alsberg Entsch. 2 Nr. 325 c.
Jena v. 12. März 1901
Alsberg Entsch. 2 Nr. 325 a.
Wörmann zu § 400.

A. M.: Benneke-Beling, S. 606.
Kolmar v. 26. April 1915
Alsberg Entsch. 2 Nr. 325 b.
Ob. L. G. v. 30 Jan. 1929 D. J. Z. 34, 649. J. R. 1929 H. R. R. 987, Bay. Z. 1929, 317.
Löwe-Rosenberg Note 1 zu § 360.

vorschrift des § 360 Abs. II Stpo. ausgeglichen werden, zumal sich diese, wie sich aus dem Wortlaut und der Stellung des Paragraphen ergibt, nur auf die Behandlung des Antrags, nicht aber auf das bereits wieder aufgenommene Verfahren bezieht.

Der Verurteilte ist daher gleichzeitig mit dem Wiedereröffnungsbeschluß in Freiheit zu setzen und kann nur allenfalls, wenn die Voraussetzungen der §§ 112 ff. Stpo. (lex Höfle!) vorliegen, in Untersuchungshaft genommen werden.

Die von den Gegnern dieser Meinung gehegte Befürchtung, daß sich viele mit Recht Verurteilte durch Herbeiführung der neuen Hauptverhandlung der Vollstreckung auf geraume Zeit entziehen könnten, erscheint trotzdem nicht berechtigt, weil durch die vielen Hindernisse, die bis zur Wiedereröffnung zu überwinden sind, eine gewisse Gewähr geboten wird, daß nur wirklich begründete Anträge zu einem Wiederaufnahmebeschluß führen; denn wie oben ersichtlich, sind bis zur Durchsetzung des Antrags eine ganze Reihe von Beschlüssen notwendig und alle diese sind noch dazu jeweils mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar.

Die Beschwerdemöglichkeit besteht gegen die im Laufe des Verfahrens gefällten Entscheidungen ohne Ausnahme, also nicht nur gegen die beiden wichtigsten, den Zulässigkeits- und den Wiedereröffnungsbeschluß, sondern auch gegen den die Beweisaufnahme regelnden Beschluß. Die Bestimmung des § 305 Stpo., welche sagt, daß die, »einer Urteilsfällung vorausgehenden Entscheidungen der erkennenden Gerichte nicht der Beschwerde unterliegen,« kann hier nicht zur analogen Anwendung kommen.[1]) Dem würde nicht nur die zwingende Fassung des § 372 Stpo. entgegenstehen, der für »alle Entscheidungen, welche aus Anlaß eines Wiederaufnahmeantrags von dem Gericht in erster Instanz ergehen« die Beschwerde einräumt und dem als der spezielleren

[1]) Gl. A.: offenbar auch Löwe-Rosenberg Note 1 a zu § 372.

A. M.: Hamburg v. 6. Dez. 1917 Alsberg Entsch. 2 Nr. 333 c.
Breslau v. 6. Dez. 1921 Z. f. Stw. 43,98. Alsberg Entsch. 2 Nr. 333 b.
K. G. v. 11. Febr. 1925 Goldt. 69, 445. Alsberg Entsch. 2 Nr. 333 a.
Frankfurt a/M. v. 20. März 1925 Z. f. Stw. 47, H. R. R. 2, 127 Alsberg Entsch. 2 Nr. 333 d.

Bestimmung der Vorzug gebührt, sondern auch der Umstand, daß der Wiedereröffnungsbeschluß selbst keine endgültige Entscheidung darstellt und schon deshalb eine schlüssige Analogie gar nicht möglich ist.

Die Ansicht der herrschenden Praxis, daß es sich um eine bloß vorläufige Entscheidung handle, die bei der Schlußentscheidung einer erneuten Prüfung unterstehe, enthält übrigens auch eine petitio principii, weil diese Nachprüfung der Berechtigung einer Beweisablehnung u. s. w. eben nur dann stattfinden kann, wenn nicht dieser Beschluß selbst einer gesonderten Anfechtung und damit einer selbständigen Rechtskraft fähig ist.

Auch der Beschluß, welcher über einen Antrag auf Strafaufschub ergeht, ist zu den Entscheidungen zu rechnen, welche »aus Anlaß eines Wiederaufnahmeantrags ergehen«, denn das Gesuch beruht in seinen Grundlagen lediglich auf der Tatsache und dem Inhalt des gleichzeitg gestellten Wiederaufnahmeantrags und auch sein Erfolg hängt wesentlich von der Erheblichkeit des zur Unterstützung des Wiederaufnahmeantrags vorgebrachten ab.[1])

Die Beschwerde ist schon dann zulässig, wenn ein Antrag auch nur teilweise abgelehnt wird, denn der Beschwerdeführer kann schon dadurch beschwert sein, daß die Entscheidung nur zum Teil seinen Wünschen zuwiderläuft.[2]) Ueber den in die Beschwerdeinstanz gelangten Teil muß dann gesondert erkannt werden; wenn aber — wie es in einem solchen Fall leicht vorkommen kann — die Entscheidung nur soweit angefochten ist, als sie den Antrag für unzulässig erklärt, so empfiehlt es sich zur Vermeidung unötiger Arbeit die Entscheidung über die Beschwerde zunächst auszusetzen und abzuwarten, ob nicht der zugelassene Teil des Antrags evtl. allein zur Erneuerung der Wiederaufnahme führt.[3])

Nicht anfechtbar sind dagegen die Beschlüsse der Oberlandesgerichte und des Reichsgerichts, für die grunsätzlich jede Beschwerdemöglichkeit durch § 304 Abs. 3 Stpo. ausgeschlossen ist. Auch hier ist zwar die Meinung vertreten, die Bestimmung

[1]) Dresden v. 15. Jan. 1891. Alsberg Entsch. 2 Nr. 326.
[2]) Hamm v. 29. Okt. 1924. Alsberg Entsch. 2 Nr. 332.
[3]) Dresden v. 18. Nov. 1897. Alsberg Entsch. 2 Nr. 335.

des § 372 Stpo. müsse als die speziellere vorgehen. Dies kann aber hier nicht gebilligt werden; hätte nämlich der Gesetzgeber die, selbst eine Ausnahmestelle einnehmende Bestimmung des § 304 Stpo. für diesen Fall durchbrechen wollen, so hätte er für das Reichsgericht eine neue Beschwerdeinstanz einführen müssen, was aber aus rechtspolitischen Gründen unterblieb. Es ist also anzunehmen, daß er eine Abweichung überhaupt nicht beabsichtigt hat, denn es erschiene willkürlich für den Fall der Oberlandesgerichte dem § 372 Stpo. den Vorzug zu geben und analog § 159 G. V. G. eine Beschwerde ans Reichsgericht zuzulassen, für das Reichsgericht aber die allgemeine, jedes Rechtsmittel ausschließende Regelung beizubehalten.[1])

Die Beschwerde kann von jedem Beteiligten eingelegt werden; berechtigt sind also in erster Linie der Verurteilte und die in seinem Interesse Zugelassenen, ferner alle sonstigen Personen, deren Rechtssphäre von der Entscheidung irgendwie berührt wird[2]) und des weiteren auch die Staatsanwaltschaft.

Das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft ist nach den Motiven besonders deshalb gewährt, »damit in Fällen, in denen der Beschluß auf einer unrichtigen Anwendung der für die Wiederaufnahme gegebenen Prozeßvorschriften beruht, eine Abhilfe ermöglicht wird.«[3]) Damit ist das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft aber keinesfalls auf rechtliche Momente beschränkt, sondern nur sein Hauptzweck charakterisiert. Eine engere Auslegung wäre weder mit dem Wortlaut des Gesetzes, noch mit der allgemeinen Stellung der Staatsanwaltschaft zu vereinbaren.[4])

Die Frist für die sofortige Beschwerde beträgt eine Woche und beginnt mit der Bekanntmachung (§ 311 Stpo.). Diese geschieht durch Zustellung der Entscheidung an den in seinem Interesse Betroffenen. Die Zustellung an den Verurteilten allein kann die Fristen für die übrigen Betroffenen nicht in Lauf setzen.[5])

---

[1]) **Gl. A.:** Löwe-Rosenberg Note 2 zu § 372. **A. M.:** Gerland S. 446.
[2]) Kolmar v. 27. April 1901 Goldt. 51, 200 Alsberg Entsch. 2 Nr. 327.
[3]) Hahn Mat. S. 267.
[4]) Löwe-Rosenberg Note 3 zu § 372.
[5]) **Gl. A.:** Kolmar v. 27. April 1901 Goldt. 51, 200, Alsberg Entsch. 2 Nr. 327. **A. M.:** Düsseldorf v. 14. Mai 1924 Alsberg Entsch. 2 Nr. 329 b.

Da eine besondere Frist zur Rechtfertigung der Beschwerde nicht gewährt ist, während dies für Berufung und Revision ausdrücklich geschehen ist (s. §§ 317 und 345 Stpo.), muß geschlossen werden, daß auch die Begründung der Beschwerde binnen der knappen Frist von einer Woche zu geschehen hat.[1])

Die Einlegung geschieht entweder bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird oder bei dem Beschwerdegericht, und zwar entweder durch Einreichung einer — nicht formbedürftigen — Schrift oder zu Protokoll eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle. Für die Abfassung des Protokolls ist in diesem Fall nicht nur wie bei der Antragsstellung die Geschäftsstelle desjenigen Gerichts zuständig, das die Entscheidung erlassen hat, sondern auch die des Beschwerdegerichts, da sonst die Zuständigkeit dieses Gerichts, die zur Vermeidung von Umständlichkeiten gegeben ist, völlig wertlos wäre.[2])

Für Verurteilte, die sich nicht auf freiem Fuße befinden, gilt auch hier wie bei der Antragstellung die Vergünstigung des § 299 Stpo., welche die Beschwerdeeinlegung am Haftort ermöglicht.

Die Beschwerde hat sich inhaltlich auf den Nachweis zu beschränken, daß in erster Instanz unzutreffend entschieden worden ist. Neues Vorbringen in der Beschwerdeinstanz ist nicht möglich, denn dadurch würde abgesehen von den Formvorschriften entgegen dem Willen des Gesetzes die notwendige erstinstanzielle Zuständigkeit vermieden werden und eine Instanz verloren gehen. Aus diesem Grund kann auch derjenigen Meinung nicht beigetreten werden, die Nova dann zuläßt, wenn die Antragsform gewahrt ist, zumal auch dabei noch die üb-

---

[1]) **Gl. A.**: Breslau v. 12. Dez. 1893 Goldt. 42, 149 Alsberg Entsch. 2 Nr. 329 a.
Breslau v. 12. April 1904 Goldt. 51, 375.
Düsseldorf v. 14. Mai 1924 Alsberg Entsch. 2 Nr. 329 b.
Löwe-Rosenberg Note 1 b zu § 372.
A. M.: Löwe-Rosenberg Note 6 zu § 311.

[2]) **A. M.**: K. G. v. 11. Mai 1906 Goldt. 55, 126 Alsberg Entsch. 2 Nr. 330 b.

rigen, für erstmaliges Vorbringen geltenden Bestimmungen unbeachtet bleiben.[1])

Neue Tatsachen sind also auf jeden Fall nur in Form eines neuen Antrags vorzubringen; die Tätigkeit des Beschwerdegerichts beschränkt sich somit darauf, die Rechtmäßigkeit der erstinstanziellen Entscheidung zu prüfen. Ergibt sich die Unrichtigkeit der Entscheidung, so hat es selbst anderweitig zu erkennen und im übrigen die Sache an das erstinstanzielle Gericht zurückzuverweisen.[2]) In Fällen wo nur ein präjudizieller Punkt zu erörtern ist oder weitere Erhebungen in Frage kommen, kann aber auch lediglich Aufhebung der ergangenen Entscheidung und Zurückverweisung erfolgen, da in diesem Falle eine neue Entscheidung noch gar nicht möglich wäre.[3])

Diese Auffassung hat sich, obwohl das Gesetz keine Regelung enthält heute fast allgemein durchgesetzt, es gibt jedoch auch Gerichte, welche im Verfolg eines abweichenden Standpunkts selbst die ganze weitere Behandlung des Antrags übernehmen. Allein diese Praxis empfiehlt sich nicht, weil auf diese Weise beiden Parteien die Beschwerdeinstanz völlig verloren geht, ohne daß ein sonstiger Vorteil zu ersehen wäre.[4])

---

[1]) **Gl. A.:** Kolmar v. 28. Okt. 1882 Alsberg Entsch. 2 Nr. 328 a.
Kolmar v. 6. Jan. 1883 Alsberg Entsch. 2 Nr. 328 b.
Hamburg v. 27. Sept. 1909 Alsberg Entsch. 2 Nr 328 c.
Dresden v. 31. Jan. 1917 Alsberg Entsch. 2 Nr. 328 d.
K. G. v. 17. Febr. 1926 Z. f. Stw. 47, 214.
Löwe-Rosenberg Note 1 a zu § 372.

A. M.: Celle v. 2. Juli 1896 Goldt. 44, 68 Alsberg Entsch. 2 Nr. 330 a.
Breslau v. 12. April 1904 Goldt. 51, 375.
Breslau v. 25. Nov. 1904 Goldt. 57, 238.
K. G. v. 11. Mai 1906 Goldt. 55, 121. Alsberg Entsch. 2 Nr. 330 b.
Breslau v. 8. Okt. 1924 Z. f. Stw. 47 H. R. R. S. 30.

Für ein ausnahmsweises beneficium novorum auch
Naumburg v. 27. März 1925 Z. f. Stw. 46 H. R. R. 340. Alsberg Entsch. 2 Nr. 330 c.
Dresden v. 31. Jan. 1917 L. Z. 11, 559.

[2]) Rostock v. 5. Jan. 1926 Z. f. Stw. 47 H. R. R 126. Alsberg Entsch. 2 Nr. 336.

[3]) So Rostock v. 21. Juni 1921 Z. f. Stw. 42, H. R. R. 718 Alsberg Entsch. 2 Nr. 334. (Für den Fall, daß eine gesetzlich vorgeschriebene Verfügung nicht erlassen wurde, und lediglich die Unterlassung Beschwerdegegenstand ist.)

[4]) Prot. S. 282 f.

5. Hauptteil.

Das neue Verfahren.

Erst nach Rechtskraft des Wiedereröffnungsbeschlusses kann zur neuen Hauptverhandlung geschritten werden. Für diese sind besondere Bestimmungen nicht getroffen. Sie muß also ohne Rücksicht auf das früher entscheidende Gericht vor demjenigen Gericht stattfinden, das für die nach den neuen Erhebungen in Frage kommende Straftat zuständig ist.[1])

Ist ein Berufungs- oder Revisionsurteil angefochten, so findet die Verhandlung natürlich vor derjenigen Instanz statt, deren Urteil angefochten ist.[2])

Die Richter, die das angegriffene Urteil gefällt haben, sind ebensowenig ausgeschlossen, wie im Wiederaufnahmezulassungsverfahren,[3]) zumal es sich ja jetzt nicht mehr um die Prüfung der Richtigkeit des früheren Urteils handelt. Nunmehr ist nämlich nur noch über die Straftat selbst zu entscheiden; eine erneute Prüfung der Berechtigung der Wiederaufnahme kommt nicht mehr in Frage.[4])

Da die Legitimation des im früheren Prozesse mitwirkenden Verteidigers, welche für die Stellung und Vertretung des Wiederaufnahmeantrags noch fortdauerte,[5]) mit dessen positiver Verbescheidung erloschen ist, hat das Gericht vor Beginn der neuen Hauptverhandlung erneut die Notwendigkeit eines Ver-

[1]) Benneke-Beling, S. 606.
Kries, S. 715.
R. G. v. 2. Juli 1883. E. 9, 34.
R. G. v. 15. Dez. 1896. E. 29, 278.
Wörmann Note 4 zu § 411.
jetzt auch Löwe-Rosenberg Note 5 b zu § 371.

[2]) Löwe-Rosenberg Note 5 a zu § 371.

[3]) Gl. A.: R. G. v. 23. Sept. 1881 E. 4, 426. A. M.: Benneke-Beling, S. 607.

[4]) R. G. v. 12. Okt. 1880 E. 2, 323.
R. G. v. 30. Juni 1881 E. 4, 402.
R. G. v. 12. Nov. 1925, Recht 29, 2574.
Hamburg v. 20. Febr. 1914 L. Z. 8, 795.
Celle v. 26. Juni 1924 Goldt. 69, 475.

[5]) R. G. v. 29. Juni 1891 E. 22, 97 J. W. 20, 450.

teidigers zu prüfen[1]) und sodann erforderlichenfalls einen Offizialverteidiger zu bestimmen.[2])

In den Fällen der absolut notwendigen Verteidigung kann die Neubestellung nur dann unterbleiben, wenn der Verurteilte ungeachtet der Möglichkeit, einen Offizialverteidiger zu erhalten, entweder für das frühere oder für das neue Verfahren selbst einen Wahlverteidiger genommen hat.[3])

Ist die Verteidigung im neuen Verfahren nur nach gestelltem Antrag notwendig (§ 140 Abs. 3 Stpo), so richtet sich die Neubestellung eines Anwalts danach, ob im ersten Hauptverfahren die Frist gewahrt wurde. Da nämlich im Wiederaufnahmeverfahren nur die Hauptverhandlung zur Wiederholung gelangt, können Fristen, die im früheren Vorverfahren versäumt worden sind, nicht mehr nachgeholt werden.[4])

Ist also die Frist versäumt, so handelt es sich nur mehr um einen Fall der nicht notwendigen Verteidigung, und es bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen, ob es die Bestellung eines Verteidigers für nötig erachtet oder nicht.

Der Verlauf der Hauptverhandlung selbst zeigt nahezu keine Besonderheiten.

Eine Verlesung des Wiederaufnahmebeschlusses ist für sie zwar nicht vorgeschrieben, dürfte aber doch von Nöten sein, denn der Beschluß über die Eröffnung des früheren Hauptverfahrens ist oftmals, so besonders in den Fällen, wo es sich nun um eine ganz anders einzureihende Straftat handelt, für sich allein nicht ausreichend.[5])

Die neue Hauptverhandlung ist natürlich in keiner Weise auf den Rahmen der vorhergegangenen beschränkt. Es sind also nicht nur neue Beweise, sondern auch das Vorbringen neuer Tatsachen ohne Begrenzung möglich.[6])

---

[1]) R. G. v. 12. Dez. 1896 E. 29, 278.
R. G. v. 26. Febr. 1907 E. 40, 5.
[2]) Dresden v. 30. Dez. 1901 Alsberg Entsch. 1 Nr. 312.
Löwe-Rosenberg Note 12 a zu § 140.
[3]) Hamburg v. 18. Dez. 1924, Z. f. Stw. 47 H. R. R. 2, 9. Alsberg Entsch. 1 Nr. 313.
[4]) R. G. v. 27. Okt. 1902 E. 35, 409 J. W. 32, 91.
[5]) Gl. A.: Gerland, S. 447. A. M.: R. G. v. 23. Sept. 1881 E. 4, 426. R. G. v. 9. Mai 1921 Recht 25, 2296.
[6]) R. G. v. 11. Juni 1888, Goldt. 36, 314.

Das Gericht hat seine Ueberzeugung nur aus der neuen Verhandlung zu schöpfen und ist in seiner neuen Entscheidung völlig frei;[1]) die Feststellungen und Schlußfolgerungen des alten Urteils sind dabei gänzlich unbeachtlich und die Entscheidung ist zu fällen, gerade als sei das aufgehobene Urteil nie ergangen und die jetzige Verhandlung die erste und allein maßgebende.

Demgemäß hat das Gericht nicht nur die Wahl zwischen Verürteilung und Freisprechung, sondern kann auch — gleichgültig wie der Wiederaufnahmeantrag lautet — die Einstellung des Verfahrens beschließen.[2])

Bestritten ist allerdings, ob und inwieweit im Wiederaufnahmeverfahren Einstellung wegen Verjährung angebracht ist.

Fehl geht sicher die Meinung Fränkels,[3]) wenn er sagt, die Ansicht, daß durch den Wiedereröffnungsbeschluß das frühere Urteil beseitigt werde, müsse notwendig dazu führen, daß die zwischen Tat und neuer Verhandlung erfolgte Verjährungsunterbrechung ebenfalls beseitigt sei. De facto wird nämlich nur die Hauptverhandlung in Bestand und Wirkung beseitigt, keineswegs aber auch die richterlichen Handlungen, welche dieselbe herbeigeführt und damit bereits die Verjährung der Strafverfolgung unterbrochen haben.

Schwierigkeiten in der Anwendung der Verjährungsvorschriften entstehen also erst, wenn zwischen der ersten Verurteilung und dem neuen Verfahren eine vollständige Verjährungsfrist abgelaufen ist.

Bellmann[4]) ist der Ansicht, die rechtskräftige Verurteilung, durch die jede richterliche Handlung faktisch unmöglich wird, bewirke ein Ruhen der Verjährung, das erst durch den Wiedereröffnungsbeschluß endige.

Davon abweichend, jedoch äußerst inkonsequent ist der Standpunkt Löwe-Rosenberg's der eine Möglichkeit der Verjährung nur annimmt, soweit die Wiederaufnahme zu Ungunsten des Verurteilten in Frage kommt.[5])

[1]) R. G. v. 12. Juni 1923. E. 57, 317.
[2]) R. G. v. 15. Nov. 1889 E. 20, 46.
[3]) Fränkel, Bay. Z. 1929, 138.
[4]) Bellmann, Bay. Z. 1929, 221.
[5]) Löwe-Rosenberg Note 2 zu § 362.

Keiner dieser Meinungen kann jedoch beigetreten werden, denn sie wiedersprechen dem Grundcharakter der Verjährung, aus dem allein die Lösung zu entnehmen ist.

Die Verjährungsvorschriften enthalten nach der herrschenden Meinung einen Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch und kommen daher ihrer Natur nach nur zur Anwendung, solange ein solcher besteht. Mit eingetretener Rechtskraft eines wenn auch unrichtigen Urteils erlischt der Strafanspruch und erst die Vernichtung des Urteils und seiner Rechtskraft bringt ihn wieder zur Enstehung. Derselbe kommt zwischen dem ersten Urteil und dem Wiedereröffnungsbeschluß überhaupt nicht in Frage, er ist während dieser Zeit nicht existent, es kann also auch nicht konkludent auf ihn verzichtet werden. Auch von einem Ruhen der Verjährung kann unter diesen Umständen keine Rede sein,[1]) da dies nur vor Beginn oder während der Dauer der Strafverfolgung, somit nur während der möglichen Durchsetzung eines bestehenden Strafanspruchs, nicht aber nach seiner konkreten, wenn auch vernichtbaren Beendigung möglich ist.

Im Ergebnis führt diese Ansicht ebenso wie die Bellmann's dazu, daß eine Verjährung kaum mehr vorkommen kann, da ja mit dem Wiedereröffnungsbeschluß auf alle Fälle eine neue Frist zu laufen beginnt. Trotzdem muß auch im Wiederaufnahmeverfahren die Verjährung geprüft werden,[2]) denn es ist sowohl möglich, daß zwischen dem Wiedereröffnungsbeschluß und der darauffolgenden Hauptverhandlung eine volle Verjährungsfrist liegt, als auch, daß die Verjährung bereits vor der ersten Hauptverhandlung eingetreten und entgegen den gesetzlichen Bestimmungen nicht geprüft worden ist.

Diese Lösung scheint auch dem System der Wiederaufnahme am meisten zu entsprechen, da sie am leichtesten zur Feststellung der materiellen Wahrheit führt. Auch dem unschuldig Verurteilten, dessen Interesse das Institut in erster Linie zu dienen hat, wird durch ein neues Urteil besser gedient, als durch die bloß formelle Einstellung.[3])

[1]) Gl. A.: Fränkel, Bay. Z. 1929, 306.
[2]) Olshausen Note 7 II zu § 66 St. G. B.
[3]) Walter Bay. Z. 1929, 306.

Gelangt das Gericht zu einer erneuten Verurteilung, so kommen auch in der Straffrage nur die neuen Fesstellungen in Betracht, denn selbst wenn die Feststellungen des neuen Urteils mit denen des früheren übereinstimmen, muß neu über die Straffrage erkannt werden.[1]) Dem steht die Bestimmung, daß die Wiederaufnahme zum Zwecke bloßer Strafänderung unzulässig ist (§ 363 Stpo.) nicht entgegen, da sich diese nur auf die Frage der Zulassung des Wiederaufnahmeantrags bezieht, nicht aber auf die neue Hauptverhandlung.[2])

Nur eine Einschränkung gilt für die Strafzumessung; das Verbot der reformatio in peius. In dieser Bestimmung die wörtlich mit der für ordentliche Rechtsmittel geltenden Vorschrift übereinstimmt, ist nämlich für den Fall, daß der Rechtsbehelf nur zu Gunsten des Beschuldigten ergriffen wurde, verboten, eine härtere Strafe als die in dem früheren Urteil erkannte zu verhängen. Diese Regelung resultiert aus der Erwägung, daß die Möglichkeit, sich eines Rechtsbehelfs zu bedienen, nicht durch die Furcht vor Verschlimmerung der erkannten Strafe deterioriert werden darf. (§ 373 Stpo.)

Aus dem gleichen Gesichtspunkt kann es auch nicht richtig sein, daß ein vor dem zweiten Urteil ergangener Gnadenerweis mit dem neuen Urteil einfach gegenstandlos werde. Lag ein solcher vor, so findet er in Analogie des Verbotes der reformatio in peius auch auf den neuen Spruch Anwendung, wenn auch in diesem eine Strafe ausgesprochen ist.[3])

Dagegen wird die Möglichkeit, die Tat als solche schwerer zu qualifizieren, durch das Verbot der reformatio in peius nicht berührt, da diese nur die Strafzumessung betrifft.[4])

Im Urteilstenor ist neben der neuen Entscheidung auch die formelle Aufhebung des früheren Urteils auszusprechen. Dasselbe ist zwar, wie sich bereits aus dem Gesagten ergibt, materiell schon mit dem Wiedereröffnungsbeschluß vernichtet und es wäre demgemäß wohl auch richtiger gewesen, auch die

[1]) R. G. v. 25. Jan. 1898 E. 30, 421.
[2]) Löwe-Rosenberg Note 1 zu § 370.
[3]) Gl. A.: Im Ergebnis Frede D. J. Z. 84, 847. A. M.: R. G. v. 8. Juni 1923 E. 57, 313.
[4]) R. G. v. 5. Juli 1928 E. 62, 216.

formelle Aufhebung mit diesem zu verbinden,[1]) aber man scheute sich aus gesetzespolitischen Gründen eine so wichtige Entscheidung wie die Aufhebung eines Urteils durch Beschluß aussprechen zu lassen.

Wenn sich eine völlige Uebereinstimmung zwischen dem früheren und dem neuen Urteil ergibt, darf im Interesse der Rechtskraft von der formellen Aufhebung des Urteils sogar ganz abgesehen werden.[2])

In diesem Falle kann der neue, gleichlautende Spruch durch durch die Formel, das Urteil werde »aufrechterhalten« oder eine dem Sinne nach gleiche Wendung ersetzt werden, welche der auctoritas rei iudicatae mehr entspricht.

Ein sachliche Bedeutung kommt dieser Bestimmung jedoch — wie bereits bei Erörterung des Wiedereröffnungsbeschlusses dargelegt wurde — nicht zu, und es war offenbar nicht einmal die Absicht des Gesetzgebers, eine neue Urteilsformel aufzustellen, geschweige denn eine Erstreckung der Rechtskraft des aufgehobenen Urteils herbeizuführen, wie man bei freier Auslegung des Wortlauts vielleicht meinen könnte.

Auch im Falle des Todes des Verurteilten kann, wie bereits bei der Behandlung der Antragsbestimmungen ersichtlich war, die Wiederaufnahme betrieben werden. Für diesen Fall kommt aber nicht das übliche, sondern ein erheblich abgekürztes Verfahren zur Anwendung.

Bei der Entstehung des Gesetzes bestanden überhaupt Zweifel, ob es notwendig sei, auch zu Gunsten eines bereits Verstorbenen die Wiederaufnahme zuzulassen, und auch späterhin wurden noch vielfach Stimmen laut, die ein Strafverfahren wegen eines Verstorbenen als systemwidrig und überflüssig bezeichneten.[3])

Allein der Gesetzgeber hat sich, in der richtigen Einsicht, daß die Pflicht des Staates zur Beseitigung eines unrichtigen Urteils nicht mit dem Tode des Verurteilten erlischt, dazu entschlossen, die Wiederaufnahme auch noch nach dem Tode zu-

[1]) Kries S. 716.
[2]) Hahn Mat. S. 1064.
[3]) s. Beling, Informativ-Prozesse, 1. Abschnitt.

zulassen, allerdings nur zum Zwecke der völligen Freisprechung. (§ 371 Abs. 1 Stpo.)

Die Abkürzung des Verfahrens kommt nicht nur zur Anwendung, wenn die Staatsanwaltschaft oder einer der für diesen Spezialfall selbständig antragsberechtigten Angehörigen es beantragt, sondern das gewöhnliche Verfahren ist nach dem Tode des Verurteilten überhaupt nicht mehr möglich.

Stirbt der Verurteilte also im Verlaufe eines zu seinen Gunsten schwebenden Verfahrens, so ist dieses damit an sich erledigt und wird nur dann fortgesetzt, wenn eine der antragsberechtigten Personen es verlangt.[1]) Ein völliger Neubeginn des bereits schwebenden Verfahrens wäre eine unnötige Umständlichkeit, aber auch die Weiterführung des Verfahrens ohne neuen Antrag kann entsprechend dem System der Wiederaufnahme nicht stattfinden, da diese stets das Vorhandensein eines Antragstellers voraussetzt.[2])

Die grundlegende Besonderheit des abgekürzten Verfahrens besteht darin, daß in ihm keine Hauptverhandlung stattfindet.

Diese Bestimmung wurde nach den Motiven deshalb getroffen, »weil nach der Strafprozeßordnung gegen einen nicht Anwesenden, also auch gegen einen verstorbenen Verurteilten die Hauptverhandlung nicht stattfinden dürfe.«[3])

Diese Regel duldet keine Ausnahme, sodaß das abgekürzte Verfahren auch dann stattfinden muß, wenn gleichzeitig gegenüber einem Mitverurteilten die Hauptverhandlung erneuert wird.[4])

Die Prüfung der Zulässigkeit unterscheidet sich nur insoweit von dem gewöhnlichen Verfahren, als der Antrag auf nichts anderes gerichtet sein darf, als auf völlige Freisprechung, welcher auch hier wieder — ebenso wie beim gewöhnlichen Verfahren — jedes Urteil gleichzusetzen ist, das kein verurteilendes Erkenntnis enthält.

Die Beweisaufnahme muß, da die Hauptverhandlung entfällt, völlig in bindender Form stattfinden; dazu gehört sowohl

[1]) Benneke-Beling S 599.
Hamburg v. 27. März 1888 Alsberg Entsch. 2 Nr. 323.
Löwe-Rosenberg Note 2 zu § 371.
[2]) Benneke-Belling, S. 599. Anm. 8.
[3]) Hahn Mat. S. 1064.
[4]) R. G. v. 29. April 1884 E 10, 423

die obligatorische Beeidigung sämtlicher maßgeblichen Zeugen, als auch uneingeschränkte Parteiöffentlichkeit.[1]) Bei der für das gewöhnliche Verfahren vorgesehenen Freistellung der Zeugenbeeidigung ist nämlich ebenso wie bei den dort angezogenen Bestimmungen der Voruntersuchung vorausgesetzt, daß späterhin eine Hauptverhandlung stattfindet, in der dann alle Maßregeln zur Erkenntnis der materiellen Wahrheit anwendbar wären.

Eine eigene Entscheidung über die Begründetheit ist nur notwendig, wenn der Antrag abgelehnt wird. Die »Ablehnung« wirkt ebenso, wie im normalen Verfahren die endgültige Verwerfung des Antrags und ist auch wie diese mit der sofortigen Beschwerde angreifbar, sodaß ein tatsächlich bedeutsamer Unterschied zwischen diesen Entscheidungen nicht ersichtlich ist.[2])

Wird dagegen der Antrag für begründet erachtet, so fällt dieser Beschluß mit der endgültigen Entscheidung zusammen, tritt also im Gegensatz zum Wiedereröffnungsbeschluß nicht besonders in Erscheinung.[3])

Ob die freisprechende Entscheidung in Beschluß- oder Urteilsform zu erfolgen hat, ist bestritten.

Aus der Ausdrucksweise des Gesetzes, es sei auf Freisprechung zu »erkennen«, ist nichts ersichtlich, da dieser Ausdruck der Terminologie der Strafprozeßordnung überhaupt fremd ist. Auch aus der, besonders im 4. Buch oft willkürlichen Anordnung der Paragraphen läßt sich ein zwingender Schluß nicht ziehen.

Für die Meinung, daß es sich um einen Beschluß handle, spricht wohl am meisten die Tatsache, daß in der ganzen Strafprozeßordnung kein Urteil ohne Hauptverhandlung ergehen kann.

Für die Notwendigkeit eines Urteils spricht dagegen die Tatsache, daß die formelle Aufhebung eines Urteils so wenig wie eine materielle Tatentscheidung durch bloßen Beschluß ergehen kann.

Dieses Argument scheint das bedeutsamere zu sein; es wäre nämlich inkonsequent, wenn der Gesetzgeber, der sich beim Wiedereröffnungsbeschluß scheute, die tatsächlich vorliegende

[1]) K. G. v. 25. März 1889 Goldt. 37, 313. Alsberg Entsch. 2 Nr. 327.
[2]) **A. M.:** Löwe-Rosenberg Note 1 c zu § 371.
[3]) Löwe-Rosenberg Note 1 a zu § 372.

Urteilsaufhebung im Beschluß aussprechen zu lassen und sie deshalb lieber dem späteren Urteil vorbehielt, hier auf einmal Aufhebung und Freisprechung durch einen Beschluß erfolgen ließe.[1])

Für die Erlassung des Urteils ist das Gericht zuständig, das auch die Zulässigkeits- und Beweisentscheidungen erlassen hat und zwar ebenfalls wie beim gewöhnlichen Wiederaufnahmezulassungsverfahren in der — außerhalb der Hauptverhandlung geltenden — kleinen Besetzung.

Der ergehenden Entscheidung fehlt, da weder eine Hauptverhandlung erfolgt, noch das Urteil öffentlich verkündet wird, selbstverständlich die Publizität, die zu den notwendigen Garantien des heutigen Prozeß-Systems gehört und die insbesondere ein Vorrecht des Freigesprochenen darstellt. Aus diesem Grunde ist dem Antragsteller das Recht gegeben, die Bekanntmachung der Aufhebung des früheren Urteils im »Deutschen Reichsanzeiger« zu verlangen. Außerdem kann nach Ermessen des Gerichts auch noch die Veröffentlichung in anderen Blättern angeordnet werden. (§ 371 Abs. 4 Stpo.) Die Bekanntmachung erfolgt, da sie ein Akzessorium des Verfahrens darstellt, auf Staatskosten.

Außer dem abgekürzten Verfahren nach dem Tode des Verurteilten, kennt das Gesetz noch einen weiteren, allerdings fakultativen Fall der Freisprechung ohne Hauptverhandlung, der bei lebenden Verurteilten zur Anwendung gelangen kann. Diese Möglichkeit ist in § 371 Abs. 2 Stpo. geregelt, wo es heißt: »Auch in anderen Fällen kann das Gericht, bei öffentlichen Klagen jedoch nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft, den Verurteilten sofort freisprechen, wenn dazu genügende Beweise bereits vorliegen.«

Der Gesetzgeber wollte durch diese Bestimmung einem Verurteilten, dessen Unschuld zweifelsfrei feststeht, die Unan-

[1]) **Gl. A.**: Beneke-Beling, S. 609.
Dohna, S. 200.
Gerland, S. 446.
R. G. v. 24. Jan. 1896 E. 28, 146.
R. G. v. 22. Sept. 1896 E. 29, 65.
R. G. v. 6. Mai 1913 E. 47, 166
Löwe-Rosenberg Note 4 zu § 371.

A. M.: Kries, S. 714.
Rosenfeld § 92.

nehmlichkeiten einer neuen Hauptverhandlung ersparen. Er dachte dabei offenbar hauptsächlich an die Fälle, wo entweder die abgeurteilte Tat überhaupt nicht[1]) oder von einem anderen inzwischen zweifelsfrei festgestellten Täter begangen war,[2]) oder wo der Schuldspruch sich auf die Aussage eines einzigen, inzwischen als meineidig erkannten Zeugen gründete.[3]) Ferner kann die Bestimmung Anwendung finden, wenn die Strafverfolgung schon in der ersten Hauptverhandlung verjährt war und schon deshalb ein verurteilendes Erkenntnis nicht hätte ergehen dürfen.[4])

Außer diesen Fällen, wo eine Hauptverhandlung überflüssig erscheint, wird das abgekürzte Verfahren besonders d a n n angewendet werden müssen, wenn die Verhandlung nicht möglich ist, weil der Verurteilte dauernd verhandlungsunfähig ist und deshalb auf alle Fälle sofortige Einstellung notwendig würde. Dies ist z. B. meistens der Fall, wenn es sich um einen Geisteskranken handelt,[5]) da nur in den seltensten Fällen ein Geisteskranker in der Lage ist, seine Interessen dem Zwecke der Parteiöffentlichkeit entsprechend wahrzunehmen.[6]) Das Gleiche gilt beim Vorlegen einer, jede Verständigung ausschließenden Taubstummheit und in ähnlich gelagerten Fällen.[7])

Da das Verfahren auch hier zu einem endgültigen Abschluß gelangt, sind auch in diesen Fällen die Beweise in bindender Form zu erheben, also insbesondere die Vorschriften über Vereidigung und Parteiöffentlichkeit zu wahren.[8])

Der Umstand, daß der Verurteilte n a c h der Tat geisteskrank wurde, und deshalb in der neuen Verhandlung vorläufige Einstellung erfolgen müßte, genügt nicht, sondern das abgekürzte Verfahren kann nur dann erfolgreich durchgeführt werden, wenn bei möglicher Verhandlung ein endgültiges, keinen Strafausspruch enthaltendes Erkenntnis ergangen wäre; demnach kommt es

[1]) Fall Bratuscha, Sello, S. 246. D. J. Z. 9, 733 ff. u. 143 ff.
[2]) Fall Busse-Ziegenmayer, Sello S. 92;
[3]) Fall Schröder und Genossen (»Essener Meineidsprozeß«) Justizrat Dr. Niemeyer bei Alsberg S. 190 ff.
[4]) K. G. v. 23. Dez. 1919, Goldt. 69, 130
[5]) Prot. S. 275,
R. G. v. 17. Jan. 1880 E. 1, 149.
[6]) Hamburg v. 11. Juni 1908 Alsberg Entsch. 2 Nr. 322.
[7]) R. G. v. 10. Nov. 1880 E. 3, 329.
[8]) Gerland S. 444.

selbstverständlich überhaupt nicht in Frage, wenn nur eine mildere Bestrafung hätte erfolgen können.[1])

Die Möglichkeit, von der Hauptverhandlung abzusehen, sollte selbstverständlich auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben; es ist daher, um einer übermässigen Anwendung dieser Vorschrift vorzubeugen, in allen Fällen, wo öffentliche Klage erhoben war, also ein staatliches Interesse an der Verurteilung bestand, zur Abkürzung und Freisprechung die Zustimmung der Staatsanwaltschaft erforderlich. (§ 371 Abs. II Stpo.)

Die Ansicht, daß die Zustimmung nur zur Abkürzung und nicht auch zur Freisprechung nötig sei, läßt sich nicht halten, denn erst nach der Beweiserhebung kann die Staatsanwaltschaft wissen, ob die Hauptverhandlung sich erübrigen läßt.

Eine Zustimmung von Privat- und Nebenkläger ist nicht erforderlich,[2]) denn obwohl nach der Regel des § 385 Stpo. der Kläger im Privatklageverfahren jeweils statt der Staatsanwaltschaft zu hören ist, kann dies nicht auch für das, der Staatsanwaltschaft hier auf Grund ihres Amtscharakters gewährte Zustimmungsrecht gelten. Eine analoge Anwendung kommt schon deshalb nicht in Frage, weil sonst die ausdrückliche Beschränkung auf öffentliche Klagen sinnlos wäre. Das Gleiche gilt auch bezüglich des Nebenklägers.

Erteilt die Staatsanwaltschaft ihre Zustimmung nicht, oder erscheint nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme eine sofortige Freisprechung nicht möglich so wird das abgekürzte Verfahren verlassen und es erfolgt sodann die gewöhnliche Entscheidung über die Begründetheit. Kann dagegen die sofortige Freisprechung stattfinden, so ist diese — wie beim Verfahren nach dem Tode des Verurteilten — durch Urteil auszusprechen und die frühere Entscheidung aufzuheben. (§ 371 Abs. 3 Stpo.)

Ferner ist — ebenso wie dort — zum Ersatz für die fehlende öffentliche Verhandlung und Urteilsverkündung auf Verlangen des Antragsstellers die Veröffentlichung im Reichsanzeiger anzuordnen, wobei die evtl. Veröffentlichung in anderen Blättern dem Gericht überlassen bleibt. (§ 371 Abs. IV Stpo.)

[1]) Prot. S. 276.
[2]) Wörmann, Note 2c zu § 411.
Löwe-Rosenberg Note 3c zu § 371.

Um Zweifel auszuschließen, muß hier bemerkt werden, daß die Fälle der abgekürzten Wiederaufnahme die einzigen sind, wo die öffentliche Bekanntmachung als Urteilsakzessorium in Frage kommt; in anderen Fällen könnte sie höchstens aus dem Gesichtspunkt der Wiedergutmachung angeordnet werden.[1])

In der Wirkung macht es keinen Unterschied, ob das Urteil im normalen oder im abgekürzten Verfahren ergangen ist.[2]) Die im Wiederaufnahmeverfahren gefällten Urteile sind in beiden Fällen völlig so zu behandeln, wie die außerhalb eines Wiederaufnahmeverfahrens ergehenden Entscheidungen des betreffenden Gerichts.[3])

Für die Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel gelten also die Vorschriften des 3. Buches. Auch die Wiederaufnahme ist gegen das neu ergehende Urteil wieder zulässig, denn auch die eingehendste Prüfung kann theoretisch noch Lücken enthalten, welche die abermalige Restitution rechtfertigen. Der Umstand, daß der Fall einer mehrmaligen, begründeten Wiederaufnahme selten sein wird, kann kein stichhaltiger Grund für den völligen Ausschluß dieses äußersten Rechtsbehelfs sein.[4])

Auch hinsichtlich seiner positiven Wirkungen weist das neue Urteil, welches lediglich das alte ersetzt, keinerlei Besonderheiten auf.

Fraglich bleibt jedoch, wie sich die Aufhebung des früheren Urteils, die nunmehr außer Zweifel steht, rationalisieren läßt. Der Gesetzgeber hat über diese Frage, deren Lösung sich nach seiner Ansicht aus der Natur der Sache ergeben sollte, keinerlei besondere Bestimmungen getroffen.

---

[1]) Gl. A.: R. G. v. 14. Dez. 1908 E. 42, 116. Löwe-Rosenberg Note 7 zu § 371. A. M: R. G. v. 18. Jan. 1887 E. 15, 188.

[2]) R. G. v. 24. Jan. 1896 E. 28, 146. Löwe-Rosenberg Note 6 zu § 371.

[3]) Gerland, S. 447. Löwe-Rosenberg Note 3 zu § 343.

[4]) Gl. A.: Löwe-Rosenberg Note 3 zu § 373. s. auch Fall, Dreyfuß Sello S. 413 ff. A. M.: Wachsmann, S. 41.

Richtig ist an diesem Standpunkt nur, daß sich die Pflicht der Wiedergutmachung der Folgen des unrichtigen Urteils von selbst versteht; die praktische Durchführung dieses Prinzips bietet jedoch mannigfaltige Schwierigkeiten.

Wird in dem neuen Verfahren eine Strafe ausgesprochen, die höher ist, als der bisher vollstreckte Teil der früher verhängten Strafe, so wird die bereits vollstreckte Strafe einfach auf die neu erkannte in Anrechnung gebracht. Die ergibt sich von selbst aus dem Gesichtspunkt der Restitution und bedarf keiner besonderen Festlegung im Urteil.[1])

War in dem aufgehobenen Urteil auf Geldstrafe erkannt worden, und ist dies in dem neuen Urteil nicht geschehen, so kann das bereits Gezahlte nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung, unter Umständen sogar[2]) aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung von der Staatskasse zurückgefordert werden.

Das Gleiche gilt für den Fall, daß die Einziehung eines Gegenstandes oder eine Buße ausgesprochen war.

War in dem aufgehobenen Urteil einem verletzten Dritten die Veröffentlichungsbefugnis gegeben, so ist zum Zwecke der möglichsten Wiedergutmachung in den gleichen Blättern auch die Aufhebung des damaligen Urteils bekanntzumachen.[3])

Schon in diesen Fällen, wo sich theoretisch eine Wiedergutmachung denken läßt, zeigt sich, wie sehr ihre praktische Durchführung beschränkt ist. Die meisten Urteilswirkungen lassen sich jedoch, sobald sie eingetreten sind, überhaupt nicht mehr aus der Welt schaffen.

Waren z. B. dem Verurteilten die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt worden, so kann die Wirkung dieses Erkenntnisses für die Vergangenheit nicht mehr beseitigt werden, denn da kein Vermögensschaden vorliegt, kommt auch eine Geldentschädigung nicht in Frage. Wird in dem neuen Urteil wiederum auf Ehrenrechtsverlust erkannt, so muß natürlich die bereits verstrichene Zeit angerechnet werden, andernfalls aber muß sich der Betroffene mit der Wiederherstellung ex nunc begnügen.

[1]) R. G. v. 11. Mai 1900 Goldt. 47, 296.
[2]) Bei § 359 Ziff. 3 Stpo.
[3]) R. G. v. 18. Jan. 1887 E. 15, 188.

Hatte das frühere Urteil, sei es direkt, sei es indirekt, den Verlust eines öffentlichen Amtes zur Folge, so sind die Schäden noch größer, denn Amtsverlust läßt sich in den meisten Fällen nicht einmal mehr für die Zukunft beseitigen, da die betreffende Stelle in der Regel bereits anderweitig dauernd besetzt sein wird.[1]) Die Beseitigung dieser Härten durch Einführung einer allgemeinen Wiederaufnahme in Amts- und Disziplinarangelegenheiten wurde zwar bereits versucht,[2]) aber nicht durchgeführt. Auch der Artikel 129 Abs. 3 der Weimarer Verfassung, wonach »gegen jedes dienstliche Straferkenntnis die Möglichkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens eröffnet sein muß« hat vorläufig nur die Bedeutung eines Programmsatzes.[3])

In der Mehrzahl dieser Fälle ist also das Amt und damit die soziale Stellung des Verurteilten unwiederbringlich verloren.

Nicht viel anders ist es mit den entehrenden Freiheitsstrafen, da auch diese, selbst wenn sie nur von kurzer Dauer sind, durch ihre diffamierende Wirkung in der Mehrzahl der Fälle die Existenzen der Betroffenen vernichten.

Einen gewissen, wenn auch nur unwesentlichen Ausgleich dieser Schäden bietet das Reichsgesetz vom 20. Mai 1898, welches in dem Fall, daß in dem neuen Verfahren der Angeklagte freigesprochen oder zu einer geringeren als der schon vollstreckten Strafe verurteilt wird, unter gewissen Voraussetzungen dem Verurteilten und seinen Unterhaltsberechtigten einen im Rechtsweg verfolgbaren Anspruch auf Entschädigung zuspricht.[4]) Ueber das Vorliegen dieses Anspruchs wird durch besonderen, unanfechtbaren Beschluß entschieden, welcher gleichzeitig mit dem Urteil erlassen, aber nicht mitverkündet wird.

Bezüglich der Einzelheiten des Entschädigungsverfahrens wird besonders auf die Schriften von Lessing[5]) und Kähler[6]) hingewiesen. Im Rahmen der vorliegenden Betrachtung darauf

[1]) Olshausen Note 2 zu § 36 St. G. B.
Löwe-Rosenberg Note 4 a II zu § 373.
auch R. G. v. 8. Mai 1923 E. 57, 313.
[2]) s. Brand, D. J. Z. 19, 140 ff.
[3]) Anschütz Note 6 zu Art. 129. R. V.
[4]) R. G. Bl. 1898, 345.
[5]) Lessing, Die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen. 1898.
[6]) Kähler, Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft. Halle 1904.

einzugehen, erscheint jedoch nicht angezeigt, da diese auf das Thema der Wiederaufnahme selbst beschränkt ist, und deshalb in der Behandlung des eigentlichen Wiederaufnahmeverfahrens ihre Grenze finden mußte.

6. Hauptteil.

Reform des Wiederaufnahmeverfahrens.

Die im letzten Abschnitt abgeschlossene Betrachtung der der heute geltenden Wiederaufnahmebestimmungen hat gezeigt, wie berechtigt die mannigfachen Klagen über die jetzige Regelung sind.

Rechtsanwalt Bendix, der die Strafprozeßordnung ein »vorzügliches« Gesetz nennt und alle auftretenden Mängel der Tätigkeit »unserer höheren und höchsten Gerichte« zuschreibt,[1]) dürfte mit seiner Ansicht — wie Goldschmidt mit Recht sagt[2]) — ziemlich allein dastehen. Es ist zwar kein Zweifel, daß die vorhandenen Mängel durch die Engherzigkeit der Praxis noch erheblich verstärkt wurden, aber erst die Lückenhaftigkeit und Unzweckmäßigkeit der Bestimmungen des 4. Buches hat die Möglichkeit dieser Handhabung geschaffen.[3])

Im Folgenden muß also die Frage erörtert werden, wie diese Bestimmungen de lege ferenda auszugestalten sind. Dabei ist in dem Konflikt zwischen Rechtskraft und materieller Wahrheit gemäß dem allgemein anerkannten Satz in dubio pro reo jeweils das Interesse des Angeklagten in erster Linie zu berücksichtigen und gegen die Möglichkeit unberechtigter Beschränkungen zu sichern.

Die unzureichende Behandlung der Wiederaufnahme bei der Gesetzesentstehung und den seitherigen Reformen rührt wohl in der Hauptsache daher, daß man die Wiederaufnahme allzusehr als Rechtsmittel betrachtete und ihr in dem Maße die Existenzberechtigung abzusprechen geneigt war, als das Rechtsmittelsystem, insbesondere die Berufung, ausgebaut wurde.[4]) Dabei ist aber übersehen, daß die Wiederaufnahme nicht wie

[1]) Bendix, J. W. 48, 806.
[2]) Goldschmidt, S. 2.
[3]) R. G. v. 12. Juli 1883. E. 9, 34.
[4]) **Gl. A.:** Prot. I, 270 ff., 445 ff. Prot. II, 258 ff., Hamm, D. J. Z. 10, 771. **A. M.:** Alsberg, S. 47 Lippmann, D. J. Z. 11, 990.

die ordentlichen Rechtsmittel ein ordnungsgemäß ergangenes Prozeßerkenntnis nachzuprüfen bestimmt ist, sondern gerade in den Fällen zur Anwendung kommen soll, wo die Voraussetzungen eines gerechten Urteils nicht gegeben waren.

Da sich dieser schwerwiegende Irrtum in allen Bestimmungen auswirken mußte, muß das gesamte Institut, wie es im vorausgehenden Teil dargelegt ist, der Kritik unterzogen werden.

Bei der Behandlung der Wiederaufnahmeobjekte mußte de lege lata die Wiederaufnahmemöglichkeit bei Strafbefehlen verneint werden.

Diese Regelung bedeutet in vielen Fällen eine Härte und es empfiehlt sich daher die Wiederaufnahme auch für diese zuzulassen.[1])

Der stillschweigende Verzicht auf Durchführung des ordnungsgemäßen Verfahrens, welcher in der Annahme eines Strafbefehls gesehen wird, kann für die Wiederaufnahme, welche vom Parteiwillen unabhängig auf materielle Wahrheit abzielt, so wenig von Bedeutung sein, wie ein im ersten Hauptverfahren geleisteter Rechtsmittelverzicht. Damit entfällt die Hauptgrundlage der heutigen Regelung. Die Praxis zeigt auch, daß vielfach der Einspruch deswegen nicht eingelegt wird, weil der Verurteilte befürchtet, in der Hauptverhandlung abermals für schuldig gehalten und dann mit einer härteren Strafe belegt zu werden. Wenn er dann später eine, seine Freisprechung oder mildere Verurteilung ermöglichende Tatsache erfährt, dürfte ihm billiger Weise die Wiederaufnahme nicht entzogen werden. Noch klarer tritt diese Notwendigkeit zutage, wenn ein Geisteskranker, den sein Geisteszustand an ordnungsgemäßer Wahrnehmung seiner Rechte hindert, die Einspuchseinlegung versäumt.[2])

Die gleichen Momente sprechen auch für die Einführung der Wiederaufnahme bei polizeilichen Strafverfügungen.

Viel wesentlicher als dieser Mißstand, der doch im großen und ganzen auf Einzelfälle beschränkt bleibt, ist die heutige Abgrenzung des Wiederaufnahmezwecks.

[1]) Gl. A.: Entw. E. St., Begründung zu Art. 67 Ziff. 191.
[2]) s. Sotier, Bay. Z. 1913, 420.

In erster Linie empfiehlt es sich, die heute noch bestrittene Möglichkeit der Wiederaufnahme zum Zwecke der Beseitigung aller Urteile auszusprechen, die keinen Strafausspruch enthalten, und damit den Streit, der über den Begriff der »Freisprechung« heute herrscht, zu beseitigen.

Doch auch die Möglichkeit der Wiederaufnahme zum Zwecke der Strafmilderung muß ausgedehnt werden. Es ist zwar zuzugeben, daß es bedenklich wäre, die Wiederaufnahme zu diesem Zwecke ohne jede Einschränkung zu gewähren, aber der heute geltende generelle Ausschluß der Wiederaufnahme innerhalb »desselben Gesetzes« muß unbedingt beseitigt oder wenigstens gemildert werden.[1])

Bei der Gesetzesökonomik des Strafgesetzbuches, von der auch die des Entwurfs nicht wesentlich abweicht, ist es nämlich denkbar, daß bei der Strafzumessung auf eine milde Gefängnisstrafe oder eine hohe Zuchthausstrafe erkannt wird,[2]) je nachdem mildernde Umstände zugebilligt werden oder nicht. In diesen Fällen ist heute die Wiederaufnahme unmöglich, außer wenn der Gesetzgeber aus irgend einem Anlaß die Milderungsgründe tatbestandsmäßig festgelegt hat.

Zu ähnlichen Folgen führt der, auf der gleichen Bestimmung beruhende Ausschluß der Wiederaufnahme, wenn bei vorliegender Idealkonkurrenz nicht das schwerste Gesetz — dessen Tatbestand allein angewendet ist — angegriffen wird. Zu welchen Unzuträglichkeiten dies führen kann, hat erst in letzter Zeit wieder der Fall Hoeltz gezeigt, wo die Wiederaufnahme des Verfahrens wegen Totschlags, trotz klarster Sachlage (der wirkliche Mörder wurde inzwischen gefunden) nicht gewährt werden konnte, obwohl die schwerere Straftat (Hochverrat), welche der Wiederaufnahme entgegenstand, bereits durch Begnadigung erledigt war.

Die Oesterreichische Gesetzgebung[3]) kennt für diese Fälle ein besonderes Strafmilderungsverfahren, das sowohl auf Antrag, wie auch von Amtswegen einzuleiten ist, wenn nach Erlaß des

[1]) Gl. A.: Alsberg, S. 61.
Kohler, Goldt. 61, 194.
[2]) z. B. bei Einbruchdiebstahl oder schwerer Urkundenfälschung.
[3]) § 410 Oest. Stpo.

Urteils bedeutsame Milderungsgründe bekannt werden, die im ergangenen Urteil nicht berücksichtigt werden konnten. Vielleicht empfiehlt sich als Kompromiß zwischen den widerstreitenden Prinzipien für den vorliegenden Fall eine Nachahmung dieser Bestimmung; der gegenwärtige, von Zufälligkeiten abhängige und an Mißständen reiche Rechtszustand, muß auf alle Fälle geändert werden.

Auch die heutige Festlegung der Wiederaufnahmegründe ist keineswegs glücklich zu nennen. Der Gesetzgeber hat hier nach der Analogie der Deutschen Partikulargesetze, die sich ihrerseits wieder zum größten Teil an die französische Gesetzgebung anschlossen, nummerativ einige besonders wichtige Fälle herausgegriffen, doch weist diese Aufzählung im Einzelnen bedeutende Lücken und Mängel auf.

Der erste der im Gesetz genannten Wiederaufnahmegründe, welcher die Wiederaufnahme bei falschen Urkunden gewährt, begegnet keinem Bedenken.

Ohne ersichtlichen Grund ist jedoch bei der korrespondierenden Bestimmung, die den Zeugen- und Sachverständigenbeweis betrifft, das Erfordernis einer strafbaren Handlung aufgestellt. Maßgebend für die Wiederaufnahme kann natürlich nur die objektive Falschheit einer vom Richter gewerteten Aussage sein;[1]) ob diese unter Eid abgegeben war, und ob der Tatbestand eines Eidesdilekts erfüllt ist, kann dabei nicht von Bedeutung sein. Die Tatsache einer strafbaren Eidesverletzung ist daher künftighin nur als ein Unterfall der allgemein zuzulassenden Wiederaufnahme wegen falscher Aussagen zu werten.

Es empfiehlt sich auch, die Dolmetscheraussagen hier durch ausdrückliche Bestimmung mit einzubeziehen, da der heutige Wortlaut des Gesetzes eine analoge Anwendung ausschließt.

Die Zulassung der Wiederaufnahme bei strafbarer Amtspflichtverletzung ergab sich aus der Natur der Sache. Umso unverständlicher ist es, daß auch hier der Gesetzgeber eine

[1]) Entw. E. St., Begr. zur Art. 67 Ziff. 191.
Giehl, S. 46.
Rosenblatt, Z. f. Stw. 29, 28 f.
Winkler, G. S. 78, 343 ff.

Einschränkung für nötig befunden hat, indem er die Wiederaufnahme ausschloß, wenn die Straftat vom Verurteilten veranlaßt war. Diese Bestimmung ist sichtlich ein Ueberrest aus der Mentalität des Inquisitionsprozesses; andernfalls ließe sich nicht erklären, wie ein Verschulden des Verurteilten — im klaren Widerspruch mit dem Prinzip der materiellen Wahrheit — einem gesetzwidrig entstandenen Urteil Rechtsbeständigkeit verleihen sollte.

Dieser Teil der Bestimmung müßte also fortfallen.[1])

Dagegen kann im Interesse der Autorität der Gerichte in diesem Falle die Notwendigkeit vorgängiger Verurteilung bestehen bleiben. In allen übrigen Fällen ist diese Voraussetzung eine ungerechte Erschwerung der Wiederaufnahme, deren Beseitigung nur von Vorteil sein kann. Durch diese ausdrückliche Beschränkung auf den Fall der Rechtsbeugung wird auch die Streitfrage, ob die Verurteilung auch im Falle der Wiederaufnahme ex capite novorum nötig ist, im Sinne der liberaleren Auffassung erledigt.[2])

Die Wiederaufnahme bei Aufhebung eines der ersten Verhandlung berücksichtigten Zivilurteils ist nur ein Unterfall der Wiederaufnahme auf Grund neuer Tatsachen und kann, da sie sowieso nur geringe praktische Bedeutung erlangt hat völlig in Wegfall kommen.

Voraussetzung dafür ist natürlich, daß der sie umfassende Hauptfall eine zureichende Regelung erfährt.

Dabei ist in erster Linie die Frage klarzustellen, inwieweit die Anführung neuer Sachverständigengutachten möglich ist. Es ist hier — wie bereits früher nachgewiesen wurde — der Ansicht Alsbergs zu folgen, der in seinen Reformvorschlägen[3]) empfiehlt, die Entscheidung darüber, »inwieweit durch die Vorlegung neuer Gutachten oder durch Benennung neuer Sachverständiger geeignete Beweismittel beigebracht werden, nach Lage des Einzel-

[1]) Entw. E. St., Begr. zu Art. 67 Ziff. 191 am Ende.
Alsberg, Z. f. Stw. 50, 101.
[2]) so auch Alsberg, Z. f. Stw. 50, 102.
[3]) s. Alsberg, Z. f. Stw. 50, 73 ff. (101)
Gl. A.: Ditzen, G. S. 18, 68
Kohler, Goldt. 61, 194.
N. Entw. § 347.
A. M.: Giehl, S. 48.
West, G. S. 56, 192.

falles dem Gericht zu überlassen«. Damit ist die Streitfrage, ob Sachverständige überhaupt als neue Beweismittel in Betracht kommen, implicite entschieden. Eine Regelung welche garantiert, daß auch wirklich jedes bedeutsame neue Gutachten Beachtung findet, wird kaum möglich sein, denn für die Erheblichkeit, in deren Entscheidung das Gericht nach wie vor freie Hand haben muß, sind außer der Person des neuen Sachverständigen und dem Wechsel wissenschaftlicher Anschauung noch so mannigfaltige Gesichtspunkte maßgebend, daß sie sich nicht in eine einheitliche Vorschrift pressen lassen.

Die Beschränkung der Wiederaufnahme in Schöffensachen muß völlig wegfallen, da auch die Wiederaufnahme auf Grund des neuen Materials gleichzeitig dem staatlichen Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts dient;[1]) die Begründung Bindings, »es sei unzulässig, den Parteien zur Belohnung ihrer Nachlässigkeit das Prinzip der Rechtskraft zu opfern,«[2]) verträgt sich nicht mit den Grundsätzen einer modernen Strafrechtspflege. Die einschlägige Bestimmung, die — ähnlich wie wir es bereits bei der Wiederaufnahme wegen Rechtsbeugung gesehen haben — die Verschuldensfrage in den Strafprozeß einführen will, ist umso widersinniger, als sie sichtlich davon ausgeht, daß dem Angeklagten der Unschuldsbeweis obliege. Abgesehen von der theoretischen Prinzipwidrigkeit wäre übrigens dieser Beweis nirgends schwieriger zu führen als gerade in Schöffensachen, wo dem Angeklagten nicht einmal die Ermittlungen des Vorverfahrens bekannt sind, so daß die Vorschrift notwendigerweise auch praktisch zu unhaltbaren Mißständen führen mußte.[3])

Für die Notwendigkeit der Reform ist dabei noch besonders zu bedenken, daß diese Regelung, deren Wert von Anfang an problematisch war, in dem Maße an Bedeutung gewonnen hat, als die Zuständigkeit der Schöffengerichte ausgedehnt wurde,[4]) sodaß die Ansicht Schwarz's die Emmingernovelle habe durch-

---

[1]) Entw. E. St., Begr. zu Art. 67 Ziff. 191.
Alsberg, Z. f. Stw. 50; 102
ferner Giehl, S. 50.
[2]) Binding, S. 284.
[3]) Alsberg, S. 57 ff.
[4]) Kohler, Goldt. 61, 194.

wegs eine Erleichterung der Wiederaufnahme gebracht, gerade hier nicht zutrifft.[1])

Im Interesse einer grundsatzgetreuen Rechtspflege ist auch für das Privatklage- und Bagatellverfahren keine Ausnahme von dem hier vertretenen Standpunkt zu machen, sondern die Bestimmung in ihrem ganzen Umfang zu beseitigen.

Aber auch wenn alle diese Neuerungen durchgeführt werden, sind die Notwendigkeiten einer materiell gerechten Wiederaufnahme keineswegs erschöpft. Das Enumerationsprinzip hat nämlich, wie schon vor Schaffung des Gesetzes mit Recht betont wurde,[2]) den Nachteil, seiner Natur nach weder umfassend noch prinzipienklar zu sein. Auch durch Einschaltung neuer Wiederaufnahmegründe — wie dies z. B. der Entwurf zum Einführungsgesetz des neuen Strafgesetzbuchs vorschlägt — wird kein erheblicher Fortschritt geschaffen.[3])

Es wäre deshalb wohl von Anfang an richtiger gewesen, die Wiederaufnahmevoraussetzungen nicht bestimmt zu präzisieren, sondern sie in diejenige Fassung zu kleiden, welche Gareis bereits auf dem 7. Deutschen Juristentag in Vorschlag gebracht hatte:

> »Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens ist zuzulassen auf Grund jeder neuen Thatsache oder jedes neuen Beweismittels, geeignet, die Rechtsgemäßheit des ertheilten Erkenntnisses bezüglich der Existenz des Thatbestandes, der Wahrheit der Beweismittel oder der Integrität des Richters zugunsten der Verurtheilten zweifelhaft zu machen.«[4])

Mit der Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeit ist aber noch sehr wenig geholfen, wenn nicht auch die Bedingungen des Antrags in seiner Durchsetzung erleichtert werden.

Vor allem fehlt es in unserem Wiederaufnahmesystem an einer genügenden behördlichen Unterstützung, die umso notwendiger wäre, als die Prüfung der Tatfrage, auf die ja der

[1]) Schwarz, D. J. Z. 33, 1298.
[2]) Gareis, S. 83.
[3]) Mannheim, J. W. 58, 2677 f.
[4]) Gareis, S. 84 f.
Gl. A.: Binding S. 284.

Rechtsbehelf vor allem abzielt bereits in der Revisionsinstanz nicht mehr möglich ist.

In Oesterreich besteht abgesehen von der bereits erwähnten Möglichkeit des Strafmilderungsverfahrens[1]) für den Kassationshof die Berechtigung, eine in der Tatfrage falsch beurteilte Sache zur außerordentlichen Wiederaufnahme zu bringen.[2]) In Deutschland hat man eine solche Bestimmung vielleicht deswegen nicht für nötig gehalten, weil man sich von der Staatsanwaltschaft versprach, sie werde in Erfüllung der, ihr gesetzmäßig obliegenden Pflicht das Interesse des Angeklagten in genügendem Maße wahrnehmen und vermöge ihrer, nach § 365 Stpo. auf die Wiederaufnahme ausgedehnten Rechtsmittelbefugnis nach Ermittlung der zur Entlastung dienenden Umstände (§ 160 Stpo.) in allen geeigneten Fällen zu Gunsten des Angeklagten Wiederaufnahmeanträge stellen. Den mit der herrschenden Gerichtspraxis Vertrauten ist es jedoch hinlänglich bekannt, daß die deutsche Staatsanwaltschaft dieser Verpflichtung in keiner Weise gerecht werden konnte, und daß sie niemals über die Stellung des »öffentlichen Anklägers« hinausgewachsen ist.[3])

Wesentlich günstiger ist es hier beispielweise auch in Ungarn bestellt, wo ausdrücklich bestimmt ist,[4]) daß jedwede Behörde, also auch Gericht und Staatsanwaltschaft, sobald sie Kenntnis von einem Umstand erlangen, auf Grund dessen eine Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurteilten beantragt werden könnte, verpflichtet sind, das zuständige Wiederaufnahmegericht hievon zu verständigen, welches dann seinerseits die Wiederaufnahme durch Benachrichtigung der Antragsberechtigten herbeiführt bezw. selbst unter Bestellung eines Offizialverteidigers eröffnet. Wenn auch eine so weitgehende Bestimmung in Deutschland nicht erreichbar, vielleicht auch gar nicht erforderlich ist, so muß doch die Forderung aufgestellt werden, daß die Staatsanwaltschaft ihre Pflicht künftig nicht in der Wahrung der chose jugée, sondern der Gerechtigkeit zu sehen hat;

[1]) § 410 Oest. Stpo.
[2]) § 362 Oest. Stpo.
s. Sello S. 221 (Fall Ritter).
[3]) Alsberg, S. 68 f.
Sello S. 165 ff. (2. Ostpreußischer Fall)
Sello S. 128 ff. (Fall Ziethen)
[4]) § 448 Ung. Stpo.

zum mindesten aber muß ihr – entgegen ihrer bisherigen Uebung – die Pflicht auferlegt werden, einem die Wiederaufnahme Betreibenden bei seinen Ermittlungen, wenn es möglich ist, förderlich zu sein.

Auch die für den Antrag geltenden Formvorschriften, welche die Einreichung mittels einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift oder zu Protokoll des Urkundsbeamten verlangen, haben sich in keiner Weise bewährt.

Diese Bestimmungen sollten nach dem Willen des Gesetzgebers einerseits dem Interesse des Verurteilten dienen, dem dadurch die Gewähr für die juristisch einwandfreie Begründung seines Begehrens geboten ist, andererseits sollen sie die Gerichte vor übermäßiger Belastung durch ungeeignete Anträge schützen. Beide Interessen sind jedoch durch die Vorschrift nur in unzureichendem Maße gewahrt.

Wie gering der Schutz der Gerichte ist, zeigt die große Anzahl wertloser Anträge, mit welchen diese überhäuft werden.

Auf der anderen Seite liegt hier für den Verurteilten häufig eine große Härte. Es ist ganz klar, daß nur wenige Verurteilte wirtschaftlich in der Lage sind, einen Rechtsanwalt zu bezahlen. Die theoretisch mögliche Gewährung eines Armenanwalts wird von den Gerichten fast durchwegs mit dem Hinweis verweigert, daß dem Verurteilten die Inanspruchnahme des Urkundsbeamten offen steht.[1])

Der Antragsteller ist also völlig auf diesen angewiesen. Bekanntlich ist aber nur die Geschäftsstelle desjenigen Gerichts zuständig, dessen Urteil angefochten wird, und es kann schon dadurch in Fällen, wo der Verurteilte nicht am Sitze des zuständigen Gerichts wohnhaft ist, unter Umständen zu einer direkten Vereitelung der Wiederaufnahmemöglichkeit kommen.[2])

Aber auch wenn dieser Mißstand dadurch beseitigt würde, daß man den Urkundsbeamten jeder beliebigen Geschäftsstelle für zuständig erklärt,[3]) wären die Interessen des Verurteilten noch nicht genügend gewahrt, denn der Urkundsbeamte ist überhaupt nicht die zur Entgegennahme von Wiederaufnahmeanträ-

[1]) z. B. Hamburg v. 5. Sept. 1900 Alsberg Entsch. 1 Nr. 314. A. M.: nur Dresden v. 13. Okt. 1894 Alsberg Entsch. 1 Nr. 315.
[2]) s. bes. Döring, J. R. 1929, 165 ff.
[3]) Koffka, D. J. Z. 14, 797 ff.

gen geeignete Person. Die Frage, ob ihm eine genügende kriminalistische Vorbildung eigen ist, braucht hierbei gar nicht erörtert zu werden, denn auch bei genauester Kenntnis der einschlägigen Materie ist es nicht möglich in der, regelmässig mit Arbeit überlaufenen Geschäftsstelle die Schwierigkeiten eines Wiederaufnahmeantrags zu bewältigen.[1])

Zur Behebung dieser Schwierigkeiten sind die verschiedenartigsten Reformvorschläge gemacht worden.

Winkler[2]) hält es für richtig, die Aufnahme der Anträge einem Richter zu übertragen, weil auf diese Weise dem Verurteilten eine genügende Stütze bei seinem Kampf gegen den Staatsanwalt gewährt würde. Der Richter ist aber, wie Alsberg mit Recht hervorhebt,[3]) seiner Stellung entsprechend niemals Gehilfe des Angeklagten, und die wiederaufnahmefeindliche Praxis unserer Gerichte läßt es auch nicht geraten erscheinen, einen Richter mit dem Angriff auf die ergangene Entscheidung zu betrauen.

Aus den gleichen Gründen kommt natürlich die Staatsanwaltschaft überhaupt nicht in Frage.[4])

Auch von dem Vorschlag Wachmann's,[5]) die kommunalen Rechtsschutzstellen mit der Aufnahme der Anträge zu betrauen, ist keine Besserung zu erhoffen, denn diese sind ebenso überlastet wie die Geschäftsstellen und haben außerdem noch den Nachteil, daß sie sich nicht — wie diese — Einblick in die Akten verschaffen können.

Einzig richtig dürfte daher der Vorschlag Alsbergs sein, der als Ausweg vorschlägt, dem Verurteilten auf Antrag einen Offizialverteidiger zur Seite zu stellen. Diese Regelung entlastet die Geschäftsstellen, erleichtert den Gerichten durch eingehende Schriftsätze die Arbeit und wahrt auch am besten das Interesse

[1]) Alsberg, S. 64.
Giehl, S. 52.
Wachsmann, S. 49.
Winkler, G. S. 78, 368.
[2]) Winkler, G. S. 78, 368 f.
[3]) Alsberg, S. 64.
[4]) A. M.: Reformvorschläge des Berl. Anwaltsvereins, s. Giehl, S. 52, Anm. 94.
[5]) Wachsmann, S. 49.

des Verurteilten. Die dem Staat entstehenden Kosten werden durch diese Vorteile reichlich aufgehoben, zumal ja auch dem Staate selbst an ausreichender Behandlung der Wiederaufnahmeanträge liegen muß.[1])

Für die Entscheidung des Antrags ist nach geltendem Recht — entgegen den bei den ordentlichen Rechtsmittel aufgestellten Grundsätzen — dasjenige Gericht für zuständig erklärt, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat. Als Begründung für diese Regelung führen die Motive an, durch einen Wiederaufnahmeantrag werde im Gegensatz zu den Rechtsmitteln nicht behauptet, das Gericht habe die ihm vorgeführte Sachlage unrichtig beurteilt, sondern es werde nur die Frage erhoben, ob unter der Voraussetzung, das die Antragsbehauptungen schon bei der ersten Entscheidung vorgelegen hätten, das Gericht nicht zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre; zur Beantwortung dieser Frage sei aber dasjenige Gericht, welches das angefochtene Urteil erlassen hat, in erster Linie berufen.[2])

Dieses Argument wäre richtig, wenn das Gericht an Beweisregeln gebunden wäre und wenn es nicht selbst die Pflicht zur Klärung des Sachverhalts hätte. In Wirklichkeit hat aber das Gericht über die Glaubwürdigkeit der vorliegenden Beweise jeweils nach eigenem Ermessen zu entscheiden, und stets auf restlose Klarlegung der Geschehnisse hinzuwirken. Jeder Wiederaufnahmeantrag enthält also implicite eine Kritik des angefochtenen Spruches und damit des Gerichts, das diesen gefällt hat.

Unter diesen Umständen ist es klar, daß die heutige Zuständigkeitsbestimmung verfehlt ist. Der Richter empfindet naturgemäß und nicht ohne Grund das Antragsvorbringen als einen gegen ihn persönlich gerichteten Vorwurf, und glaubt, sich dagegen verteidigen zu müssen. Dieser Umstand beraubt ihn seiner Unbefangenheit; auch wird es ihm auf alle Fälle schwer werden, die Meinung, die er sich aus dem bisher vorliegenden Sachverhalt gebildet hat, zu berichtigen, denn bei vorgefaßter

[1]) Alsberg, S. 65.
[2]) Hahn Mat. S. 266.

Meinung ist es allgemein menschlich, sich neuen Gesichtspunkten gegenüber ablehnend zu verhalten.[1])

Die Tatsache, daß das frühere Gericht mit der zu beurteilenden Sache besser vertraut ist, könnte die heutige Regelung nur dann rechtfertigen, wenn nicht auch für jeden anderen Richter die Möglichkeit bestünde, sich an Hand der Urteilsgründe und Protokolle über das frühere Verfahren Kenntnis zu verschaffen, auch wenn er nicht daran teilgenommen hat. Wenn wirklich die persönliche Teilnahme am früheren Verfahren für die Beurteilung eines Wiederaufnahmeantrags nötig wäre, ließe sich auch de lege lata kaum verstehen, daß die ergehende Entscheidung der Nachprüfung durch ein, bisher mit der Sache nicht vertrautes Beschwerdegericht unterliegt.[2]) Die Tatsache der besseren Kenntnis kann also gegenüber den bestehenden Nachteilen nicht entscheidend ins Gewicht fallen und eine Verbesserung ist somit unerlässlich.

Aus rechtspolitischen Gründen ist es auch nicht möglich, den aus der heutigen Zuständigkeitsabgrenzung sich ergebenden Mißständen lediglich dadurch abhelfen zu wollen, daß man der Beschwerdeinstanz die Möglichkeit gibt, die Sache erforderlichenfalls zur Herbeiführung einer eiwandfreien Entscheidung an ein anderes, gleichartiges Gericht zu verweisen,[3]) denn diese Verweisung würde, sehr zum Nachteil der Gerichtsautorität, stets den Vorwurf der Befangenheit gegenüber dem bisher entscheidenden Gericht enthalten.

Es bleibt also nichts anderes übrig, als daß man — analog den heute bereits für die ordentlichen Rechtsmittel geltenden Vorschriften — das Wiederaufnahmeverfahren stets nur vor Rich-

[1]) Alsberg, S. 80 ff.
Alsberg, Z. f. Stw. 50, 102 f.
Hamm, D. J. Z 10, 710.
Heimberger, S. 93.
Rosenblatt, Z. f. Stw. 29, 28 f.
Winkler, G. S. 78, 375 ff.
Prot. S. 283.
[2]) Alsberg, S. 83.
[3]) Giehl, S. 53.
Winkler, G. S. 78, 341.
Prot. S. 283.

tern stattfinden läßt, welche beim Zustandekommen der angefochtenen Entscheidung nicht beteiligt waren.[1])

Auch die eigentlichen Verfahrensvorschriften bedürfen mancher grundlegenden Aenderung.

Zwar begegnet die heutige Trennung zwischen Wiederaufnahme-Zulassungsverfahren und neuer Verhandlung keinem Bedenken, da sie durch die Beteiligung der Laienrichter im Hauptverfahren bedingt ist, deren Mitwirkung bei der neuen Entscheidung zwar notwendig ist, beim Beschluß über den Antrag aber kaum von Vorteil wäre.[2])

Dagegen ist es nicht zu billigen, daß im ersten Teile des Verfahrens die wichtigen Grundsätze der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit nicht gewahrt werden.

Daß die Mündlichkeit ein unentbehrliches Mittel ist, um die materielle Wahrheit zu erforschen, ist vom geltenden Rechte längst anerkannt. Tatsächlich ist es in vielen Fällen unmöglich, dem Richter auf schriftlichem Wege ein genügendes Bild davon zu geben, worauf es dem Verurteilten eigentlich ankommt; auch ließen sich in der mündlichen Verhandlung oft durch einen einfachen Satz Mißverständnisse beseitigen, die bei dem heutigen Stand der Gesetzgebung zur Ablehnung des Antrags führen würden.

Die Oeffentlichkeit des Verfahrens hat zwar nicht dieselbe praktische Bedeutung wie die Mündlichkeit, doch kann man sich der Ueberzeugung nicht erwehren, daß manches Wiederaufnahmeverfahren einen anderen Verlauf genommen hätte, wenn es der Oeffentlichkeit nicht nur aus Zeitungsspalten und Verteidigerschriften bekannt geworden wäre.[3])

Bei dem Verfahren über die Zulässigkeit, das sich nur mit Vorfragen beschäftigt, läßt sich zur Ersparung übermäßiger Be-

[1]) Entw. E. St. Begr. zu Art. 67 Ziff. 9.
Alsberg, S. 82.
Alsberg, Z. f. Stw. 50, 101 und 103.
Rosenblatt, Z. f. Stw. 29, 28 ff.
[2]) Hahn Mat. S. 266.
[3]) Man denke z. B. an den Essener Meineidsprozeß, J. R. Niemeyer bei Alsberg S. 191 ff.

lastung der Gerichte die öffentliche mündliche Verhandlung zur Not entbehren, vorausgesetzt, daß sich der Zulässigkeitsbeschluß in den, vom Gesetz vorgezeichneten Grenzen hält.[1]) Bei der Beweisaufnahme und dem Wiedereröffnungsbeschluß ist dagegen eine mündliche Verhandlung mit uneingeschränkter Partei- und Publikumsöffentlichkeit dringend zu fordern.[2]) Die Gewährung der bloßen Parteiöffentlichkeit würde nicht genügen,[3]) denn sie gibt dem Verurteilten zwar die Möglichkeit, die Beweisaufnahme zu beeinflussen, zumal wenn ihm ein Fragerecht gewährt wird, setzt ihn aber nicht instand, seinen Rechtsstandpunkt ausreichend darzulegen.

Gegen die ergehenden Entscheidungen ist nach heutiger Regelung stets die sofortige Beschwerde möglich. Eine besondere Form wurde für diese Beschwerde nicht gefordert, da für ein neues Vorbringen auf alle Fälle ein neuer Antrag nötig ist und die Antragsstellung ohnehin durch Formvorschriften beengt ist.

Da es in der Beschwerde oftmals auf die Klarlegung schwieriger juristischer Probleme ankommt, dürfte sich sogar im Interesse von Richtern und Verurteilten empfehlen, die Antragsformalien auch auf die Beschwerde auszudehnen.[4]) Doch müßte natürlich die jetzige Ausschlußfrist, die schon bisher vielfach zu Mißständen geführt hat, in diesem Falle erheblich verlängert werden.

Schon heute ist es kaum möglich, die Schwierigkeiten die eine Wiederaufnahmebeschwerde macht, in 8 Tagen zu bewältigen, zumal dann, wenn in der gleichen Zeit noch andere dringende Arbeiten erledigt werden müssen. Eine Verlängerung der Frist auf einen Monat erscheint aber selbst für einen Anwalt

[1]) **A. M.**: Alsberg, S. 78.
[2]) Alsberg, S. 77 ff,
Hamm, D. J. Z. 10, 713.
Rosenblatt, Z. f. Stw. 23, 592 ff.
Rosenblatt. Z. f. Stw. 29, 487.
Winkler, G. S. 78, 373.
Prot. I, 279 ff.
Prot. II, 264 ff.
[3]) **A. M.**: Giehl, S. 54.
Nagler, G. S. 73, 224.
[4]) Giehl, S. 53.
Prot. II, 244.

genügend, denn sogar, wenn neue Beweisermittlungen nötig sind, lassen sie sich in dieser Zeit bewerkstelligen.[1])

Der Vorschlag Alsbergs,[2]) die Frist auf zwei Monate auszudehnen, würde das Verfahren allzusehr in die Länge ziehen, wodurch nicht nur die Strafvollstreckung sich verlängert, sondern auch unter Umständen wichtige Beweismittel verloren gehen können.

Auch Alsbergs weiterem Vorschlag, die sonstigen Eigenheiten der sofortigen Beschwerde zu beseitigen,[3]) also eine befristete, aber sonst einfache Beschwerde einzuführen, kann nicht beigetreten werden. Abgesehen davon, daß diese Neuordnung unserer heutigen Prozeßterminologie widerspräche, welche die Worte »einfache« und »fristlose« Beschwerde synonym gebraucht,[4]) würde sie nämlich den Verlust der Immutabilität der Wiederaufnahmeentscheidungen zur Folge haben. Dazu besteht aber umso weniger ein Grund, als es sich hier durchwegs um Beschlüsse handelt, die der Rechtskraft fähig sind und urteilsähnliche Wirkung haben; dies gilt in erster Linie vom Wiedereröffnungsbeschluß, besonders wenn dieser — wie vorgeschlagen — nach vorhergehender mündlicher Verhandlung ergeht. Die Beibehaltung der sofortigen Beschwerde kann also nur als Vorteil betrachtet werden.

Aenderungen an der Regelung des neuen Hauptverfahrens vorzuschlagen, ist in diesem Rahmen nicht angebracht.

Dieses spielt sich schon heute, wie jedes andere Hauptverfahren nach den allgemeinen Grundsätzen ab, ohne die geringste Berücksichtigung des vorausgegangenen Prozesses. Einzig in der Schlußentscheidung spiegelt sich noch das alte Urteil, welches bei gleichlautendem Ergebnis »aufrechterhalten«, sonst aber aufgehoben wird.

Im Interesse der Prozeßklarheit empfiehlt es sich sogar, diese letzte Spur des früheren Verfahrens zu beseitigen. Den

[1]) Entw. E. St. Begr. zu Art. 67 Ziff. 199.
[2]) Alsberg, Z. f. Stw. 50, 101 und 103.
[3]) Alsberg, S. 67.
Alsberg, Z. f. Stw. 50, 103.
[4]) Löwe-Rosenberg Note 3 vor § 304,

Momenten, welche für die heutige Regelung maßgebend waren, ist eine juristische Berechtigung nicht beizumessen. So ist nicht einzusehen, warum man einem Gericht, dem man die Möglichkeit gegeben hat, ein ergangenes Urteil durch Beschluß materiell zu vernichten, die Fähigkeit zur formellen Erklärung dieser Aufhebung absprach.[1]) Noch viel weniger aber ist es zu billigen, daß man dem neuen Gericht aus ästhetischen und stilistischen Momenten die Möglichkeit gab, in völlig irreführender Weise die »Aufrechterhaltung« des in Wirklichkeit bereits aufgehobenen Urteils auszusprechen.

Zum Ausschluß von Mißverständnissen empfiehlt es sich also, bei einer Neufassung des Gesetzes auch die formelle Aufhebung des angefochtenen Urteils stets mit der materiellen, d. h. mit dem Wiedereröffnungsbeschluß zu verbinden.[2]) Damit erledigt sich dann auch der Streit, ob die Vollstreckung nach Anordnung der Wiederaufnahme noch fortgesetzt werden kann in dem schon de lege lata richtigen Sinne, daß nach der materiellen Restitution auch keine weitere Vollstreckung mehr möglich ist.

Gegen die sonstige Regelung des neuen Verfahrens besteht jedoch hier keine Erinnerung. Auch die Möglichkeit der sofortigen Entscheidung bei der Wiederaufnahme nach dem Tode des Angeklagten kann beibehalten werden. Der gegenteiligen Meinung Schwarz's,[3]) der eine vollständige Hauptverhandlung mit all ihren Einzelheiten verlangt, ist zwar zuzugeben, daß der Wegfall der Verhandlung im abgekürzten Verfahren gegenüber dem regulären Prozeß einen wesentlichen Nachteil bedeutet, der durch die Veröffentlichung nur teilweise gutgemacht wird; auf der anderen Seite ist aber zu bedenken, daß für heutige Begriffe eine Hauptverhandlung gegen einen toten Angeklagten, die ja doch theoretisch auch mit erneuter Verurteilung endigen könnte, ein Unding ist. Auch die Ansicht Beling's,[4]) die Wiederaufnahme post mortem müsse — da sie eine unserem Prozeß-

[1]) Giehl, S. 55.
Kries, Goldt. 26, 177.
[2]) so auch Löwe-Rosenberg Note 1 zu § 370 am Schluß.
[3]) Schwarz, D. J. Z. 33, 1298.
Gl. M.: Entw. E. St. Begr. zu Art. 67 Ziff. 198.
[4]) Beling, Informativprozesse § 7.

system widersprechende Eigenheit darstelle – gänzlich wegfallen und durch ein Feststellungsverfahren, den sogenannten »Informativprozeß« ersetzt werden, hat wenig für sich, denn eine Art Zivilklage für die Klärung eines strafrechtlichen Verhältnisses zu gewähren, hieße lediglich eine neue Systemwidrigkeit an Stelle der abgeschafften setzen.[1])

Auch wenn der Verurteilte dauernd verhandlungsunfähig ist, bleibt das abgekürzte Verfahren der einzige Ausweg; es wäre nämlich ungerecht, einem verhandlungsunfähigen Verurteilten die Wohltat der Wiederaufnahme gänzlich abzuschneiden. Da das geltende Recht für diesen Fall keine besondere Regelung getroffen hat, ist allerdings in diesen Fällen die Wiederaufnahme heute nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft möglich. Die Härte, die diese Regelung enthält, wird begreiflich, wenn man bedenkt, daß die Wiederaufnahme in diesen Fällen auch dann, wenn das Gericht völlig von der Unschuld des Verurteilten überzeugt ist, gänzlich vom Willen der Staatsanwaltschaft abhängt. Verweigert diese ihre Zustimmung, so hat die Wiederaufnahme erst nach dem Tode des Verurteilten wieder Aussicht auf Erfolg.

Künftig ist also mindestens die Gleichstellung der Wiederaufnahme zu Gunsten eines Verhandlungsunfähigen mit der Wiederaufnahme post mortem zu fordern[2]) Die bisherige Regelung ist auch aus dem Grunde nicht zu billigen, weil die Stellung der Staatsanwaltschaft im Prozeß nicht dazu angetan ist, die Rechte des Verurteilten von ihrer Zustimmung abhängig zu machen. Sollte der Staatsanwaltschaft eine Freisprechung unangemessen erscheinen, so ist ihr die Vertretung ihres Standpunktes durch die geltenden Verfahrensnormen in hinreichender Weise ermöglicht; die Entscheidung über die Richtigkeit des Antrags muß aber einzig und allein dem Willen des Gerichts überlassen bleiben.[3])

Die Härte dieser Bestimmung erklärt sich daraus, daß der Gesetzgeber bei Einführung der abgekürzten Wiederaufnahme zu Gunsten eines Lebenden vermutlich überhaupt nicht an die

[1]) s. hiezu auch Knapp S. 50 ff.
[2]) Entw § 363 Abs. 1.
[3]) Schwarz, D. J. Z. 33, 1299

Verhandlungsunfähigen gedacht hat, sondern nur die Fälle im Auge hatte, wo die Klarheit der Beweisfrage eine erneute Hauptverhandlung unnötig erscheinen läßt. In diesen Fällen kann künftighin die abgekürzte Wiederaufnahme völlig entfallen. Löwe-Rosenberg sagt hiezu mit Recht: »Als angemessen ist das in Absatz 2 zugelassene außergewöhnliche Verfahren keineswegs zu bezeichnen; dasselbe paßt zu dem ganzen sonstigen Organismus des Prozesses nicht, und die Klarheit der Beweisfrage kann den Wegfall der Hauptverhandlung hier ebensowenig rechtfertigen, wie sie ihn in dem Berufungsverfahren würde rechtfertigen können.«[1])

In vielen Fällen ist das abgekürzte Verfahren dem Verurteilten sogar unerwünscht, da ihm oftmals die Oeffentlichkeit der Hauptverhandlung ein besseres Mittel zur Wiederherstellung seiner Ehre bedeutet, als die bloße amtliche Veröffentlichung. Aus diesem Grunde wird es vielfach für richtig gehalten, hier die Erneuerung der Hauptverhandlung von der Zustimmung des Verurteilten abhängig zu machen.[2]) Doch auch dies ist nicht zu billigen, denn wenn wirklich die Beweise unzweifelhaft zur Freisprechung führen, so ist für den Verurteilten kein Grund vorhanden, die neue Hauptverhandlung zu scheuen, noch weniger aber für das Gericht, das erst mit der öffentlichen Lossprechung den Verurteilten völlig rehabilitiert.

Die Veröffentlichung, die bisher in diesen Fällen das einzige, vom Staat angewendete Mittel zur Berichtigung der öffentlichen Meinung darstellte, braucht deswegen in Zukunft nicht wegzufallen. Es ist im Gegenteil empfehlenswert, sie für alle Wiederaufnahmeurteile einzuführen.

Die Presse ist nämlich neben der öffentlichen Verkündung das geeignetste Mittel den richterlichen Wahrspruch in seiner neuen Form weiteren Kreisen zugänglich zu machen. Es ist zwar kein Zweifel, daß die im Wiederaufnahmeverfahren ergehenden Urteile, insbesondere dann, wenn es sich um Aufsehen

[1]) Löwe-Rosenberg, Note 3 zu § 371.
[2]) Entw. E. St. Begr. zu Art. 67, Ziff. 198 am Schluß.
Schwarz D. J. Z. 33, 1298.
Winkler, G. S. 78, 336 und 375.
Prot. I, 274.
Prot. II, 259.

erregende Fälle handelt, auch ohne amtliche Tätigkeit in die Tagespresse gelangen.

Das in diesen Fällen häufig bedrohte Ansehen der Gerichte wird aber bestimmt durch eine amtliche Feststellung besser gewahrt, als durch mehr oder minder sensationell aufgemachte Redaktionsnachrichten. Die öffentliche Meinung wird durch die amtlichen Veröffentlichungen sogar in gewisser Weise beruhigt, denn durch sie kommt klarer als im ganzen Verlauf des Verfahrens zum Ausdruck, daß der Staat in jeder Weise bemüht ist, seiner Ehrenpflicht zu genügen, welche darin besteht, der Wahrheit zum Siege zu verhelfen und etwaiges Unrecht, das bei Ausübung der Rechtspflege unterlaufen ist, wieder gutzumachen.

Schlusswort.

Ausblick.

Die zahlreichen Reformen, welche vorzuschlagen waren, zeigen, wie wenig dem Gesetzgeber der Kompromiß zwischen materieller Wahrheit und Rechtskraft gelungen ist.

Die Oeffentlichkeit war sich über die zahlreichen Mängel dieses Komplexes von Anfang an im Klaren und drängte deshalb schon seit Erscheinen des Gesetzes auf nähere Ausgestaltung und Verbesserung.

Trotzdem bestand an maßgebender Stelle — wie sich aus dem Entwurf von 1908 entnehmen läßt — zunächst wenig Neigung zu durchgreifender Reform.[1]) Erst in den Nachkriegsentwürfen sind eine Reihe bedeutsamer Aenderungen geplant. Ob alle diese Reformen auch zu Verbesserungen geführt hätten, ist zwar zweifelhaft, immerhin wäre durch sie ein Großteil der heute noch vorhandenen Lücken und Widersprüche beseitigt worden.

Aber keiner der geplanten Entwürfe hat bisher zu einer Neuordnung der Wiederaufnahme geführt. Die Gesetzgebungsfaktoren sahen zwar — wie aus den Reichstagsberichten ersichtlich ist — die Mißstände größtenteils ein, glaubten aber, die Milderung der bestehenden Härten vorläufig der Praxis überlassen zu können.

Daß diese Meinung auf einer groben Verkennung der Tatsachen beruhte, bedarf keiner weiteren Darlegung, denn unsere Gerichte sind aus Prinzip wiederaufnahmefeindlich und werden es wohl bleiben, bis die letzten Reste des Inquisitionssystems aus unserem Strafprozeß verschwunden sind.

Auch der in den Motiven vielfach auftauchende Satz, daß etwaige Unzulänglichkeiten auf dem Gnadenwege ausgeglichen werden sollten, blieb — wie sich in zahllosen Fällen gezeigt hat — bloßes Programm. Auch darf man nicht vergessen, daß Gnade,

[1]) Goldschmidt, S. 1.
Drucker, JW. 58, 2665.

selbst wenn sie an richtiger Stelle Anwendung findet, niemals ein ausreichender Ersatz für mangelnde Gerechtigkeit sein kann.

Aus allen diesen Gesichtspunkten ist es zu begrüßen, daß der Deutsche Juristentag die Verbesserung der Wiederaufnahme auf das Programm seiner nächsten Tagung gesetzt hat.

Die beachtlichen Vorarbeiten, die dazu an allen Stellen geleistet werden, erwecken heute die begründete Hoffnung, daß die Wiederaufnahmereform nun endlich an ihr Ziel gelangen werde zum Heile der gesamten deutschen Strafrechtspflege.